

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
FACULDADE DE DIREITO

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INDÚSTRIAS TABAQUEIRAS PELOS DANOS
DECORRENTES DO CONSUMO DE CIGARROS: ANÁLISE DOS FATORES
FUNDAMENTAIS DA RESPONSABILIZAÇÃO

MAURA DE OLIVEIRA FARIAS NEVES

NITERÓI
2014

MAURA DE OLIVEIRA FARIAS NEVES

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INDÚSTRIAS TABAQUEIRAS PELOS DANOS
DECORRENTES DO CONSUMO DE CIGARROS: ANÁLISE DOS FATORES
FUNDAMENTAIS DA RESPONSABILIZAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense
como requisito parcial à obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Isabela Pessanha Chagas.

NITERÓI

2014

MAURA DE OLIVEIRA FARIAS NEVES

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INDÚSTRIAS TABAQUEIRAS PELOS DANOS
DECORRENTES DO CONSUMO DE CIGARROS: ANÁLISE DOS FATORES
FUNDAMENTAIS DA RESPONSABILIZAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense
como requisito parcial à obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em janeiro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Isabela Pessanha Chagas – Orientadora
UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

Prof.
UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

Prof.
UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

NEVES, Maura de Oliveira Farias Neves.

Responsabilidade civil das indústrias tabaqueiras pelos danos decorrentes do consumo de cigarros: análise dos fatores fundamentais da responsabilização/Maura de Oliveira Farias Neves – 2014.

72f.

Orientadora: Isabela Pessanha Chagas

Monografia (graduação em direito) – Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito, 2014.

Bibliografia: f. 70 e 71.

1. Responsabilidade Civil. 2. Indústria Tabaqueira. 3. Doenças. 4. Fato do Produto. 5. Publicidade. I. CHAGAS, Isabela Pessanha. II. Universidade Federal Fluminense. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 342.52

Dedico este trabalho, especialmente, aos meus pais, Mauro e Neuza, pessoas maravilhosas que estiveram sempre ao meu lado durante essa longa caminhada, na qual nunca pouparam esforços para me apoiar, e a quem devo minha vida e todas as minhas conquistas. À minha irmã, Laura, e à minha avó, Rosa, pelo carinho e apoio. E, ao meu companheiro, Eduardo, que ao longo desses anos me acolheu nos momentos mais difíceis, e compartilhou dos mais alegres.

De todos os segundos desde meu nascimento, nunca antes tão poucos me separaram da morte.

Eu vi o rosto da senhora distinta, e ela vestia branco. Estraçalhada em milhares (talvez milhões) de cristais era por inteiro o fim da vida. Viva: oxigênio fatal.

Inalava-se a morte como se essencial à vida. E quem diria que não era?

Tudo neste mundo se faz por oposições. Não há bondade sem maldade, não há virtudes sem pecados.

Pura contradição: a vida que entra pelos pulmões nos tira um segundo do tempo que temos à frente. Morre-se a cada segundo de vida.

Estou morrendo...

Henrique S. Bueno

RESUMO

NEVES, Maura. *Responsabilidade Civil das indústrias tabaqueiras pelos danos decorrentes do consumo de cigarros: análise dos fatores fundamentais da responsabilização*. 2014. 70 f. Monografia (Graduação em Direito) – UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE, Niterói, 2014.

Analisa-se os elementos fundamentadores da responsabilidade civil das indústrias tabaqueiras no que tange aos danos (doenças) decorrentes do consumo de cigarros, por meio da doutrina e da maciça jurisprudência formado sobre esse assunto. Dessa forma, o primeiro capítulo trata dos aspectos gerais da responsabilidade civil, abordando o conceito, origem e classificação desse instituto, a fim de possibilitar a posterior análise dos seus elementos-base. No segundo capítulo, analisa-se o nexo de causalidade, a partir da teoria da causalidade direta e imediata, sob a vertente da subteoria da necessariedade, com o fito de investigar a relação de causa-efeito existente entre as doenças adquiridas pelos fumantes e o consumo de cigarros. Nesse ponto, a excludente de responsabilidade civil da culpa exclusiva da vítima, o livre-arbítrio humano e a dependência ao cigarro serão suscitadas, objetivando discutir as controvérsias sobre a presença ou não do nexo causal. Nos capítulos 3 e 4 o tema, ora sob exame, será abordado, principalmente, a partir dos preceitos contidos no Código de Defesa do Consumidor, para promover uma detalhada exposição acerca do fato do produto, da publicidade enganosa e/ou abusiva e do dever de informar atinente à indústria fumageira sobre os riscos do cigarro. Por fim, faz-se uma breve exposição acerca do tratamento dado ao tema pelos tribunais estrangeiros no que tange às ações de reparação de danos ajuizadas por fumantes acometidos por doenças supostamente causadas pelo consumo do cigarro. Dessa forma, verifica-se que tanto os tribunais brasileiros quanto os estrangeiros vêm rechaçando a possibilidade de responsabilização das indústrias fumageiras pelas doenças adquiridas pelos fumantes. Ao passo que a doutrina continua discutindo os diversos elementos controvertido desse tema.

Palavras-chave: 1. Responsabilidade Civil. 2. Indústria Tabaqueira. 3. Doenças. 4. Fato do Produto. 5. Publicidade.

ABSTRACT

NEVES, Maura. *Responsabilidade Civil das indústrias tabaqueiras pelos danos decorrentes do consumo de cigarros: análise dos fatores fundamentais da responsabilização*. 2014. 70 f. Monografia (Graduação em Direito) – UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE, Niterói, 2014.

The research is based on the analysis of the basic elements of civil responsibility by tobacco industries referring to the health damages (diseases) caused by the cigarette consumption. This study takes support through the massive juridical doctrine and jurisprudence about the theme. Accordingly, the first chapter discusses about the general characteristics of civil responsibility, broaching the concept, origin and classification of this institution, enabling a deeper analysis of the basic elements. The second chapter examines the causative nexus beginning from the direct and immediate causality theory, under the optic of the sub theory of the necessity, starring the relation of cause and effect of the diseases acquired by the smokers. In this point the exclusive responsibility of the victim, the free willing of the human beings and the tobacco dependence will be discussed by the exam of the existence of the causative nexus. In the sub sequential chapters, the theme will be examined through the existing precepts in the Consumer Defense Code willing to promote a detailed exposition of the facts of the product, fake and/or abusive publicity and the obligation that the tobacco industries have to inform its consumers about the risks of the cigarette. In the end, this research makes a brief exposition of the way the foreign courts treat the lawsuits interposed by smokers against tobacco industries. In this way, this paper verify that both foreign and Brazilian courts refuse to admit the responsibility of the tobacco industries for the diseases acquired by smokers while the doctrine continue discussing the controversial points of this theme.

Key words: 1. Civil responsibility. 2. Tobacco Industry. 2. Diseases. 4. Product fact. 5. Publicity.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	RESPONSABILIDADE CIVIL: ASPECTOS GERAIS	13
3	NEXO CAUSAL: TEORIA DA CAUSALIDADE DIRETA E IMEDIATA. SUBTEORIA DA NECESSARIEDADE	24
3.1	CONCAUSAS: CAUSALIDADES MÚLTIPLAS	26
3.2	CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA: O LIVRE-ARBÍTRIO	31
3.2.1	Hábito de fumar: vício/dependência	35
4	FATO DO PRODUTO	39
5	PUBLICIDADE E DEVER DE INFORMAR	47
6	DIREITO COMPARADO	60
7	CONCLUSÃO	65
	REFERÊNCIAS	70

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os diversos elementos da responsabilidade civil no que tange aos danos decorrentes do consumo de produtos derivados do tabaco, especialmente o cigarro, para verificar o cabimento da responsabilização das indústrias fumageiras.

Nesse passo, as sociedades fabricantes de cigarro são recorrentemente demandas em ações de reparação de danos por consumidores de cigarros que alegam terem contraído doenças em virtude do hábito de fumar.

Assim, visando uma abordagem completa sobre essa possível responsabilização, serão analisados todos os pontos controvertidos da relação existente entre o consumo de cigarros e as enfermidades adquiridas pelos fumantes.

Ademais, tratar-se-á, também, dos diferentes pontos de vista da doutrina e da jurisprudência acerca do tema, bem como das alegações perpetradas pelos consumidores e pelas fabricantes demandadas no âmbito das ações indenizatórias.

Certo é que esse tema é vastamente questionado e polemizado pela doutrina, mas parece ter encontrado solução mansa e pacífica na jurisprudência brasileira, conforme será demonstrado ao longo dessa exposição.

As discussões envolvendo esse assunto atraem à baila a análise do estudo da responsabilidade das fabricantes de produtos do tabaco com base em questões concernentes ao livre-arbítrio, dependência/vício, fato do produto, publicidade enganosa e/ou abusiva e nexo de causalidade.

Objetivando realizar um integral estudo sobre a questão, para fins de introdução, passar-se-á a uma breve exposição sobre o surgimento do cigarro, que tem sua gênese na descoberta do tabaco, um de seus componentes principais.

O tabaco é uma planta de nome científico conhecido por *nicotiana tabacum*. Dele é extraída a nicotina, seu princípio ativo, e mais de 6.000 substâncias tóxicas, como o formol, a amônia, a naftalina etc.^{1 2} Contudo, a substância responsável por

¹ Disponível em: <http://www.unifesp.br/dpsicobio/cebrid/quest_drogas/tabaco.htm>. Acesso em: 05.01.2014.

² ROSEMBERG, José. *Nicotina: droga universal*. São Paulo: Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo, 2003, p. 9. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/publicacoes/nicotina.pdf>>. Acesso em: 06/01/2014.

causar dependência é a nicotina. Ademais, acredita-se que o tabaco tenha sido descoberto em época longínqua, muito antes de Cristo.

O cigarro, por sua vez, só foi introduzido definitivamente no mercado de consumo, no começo do século XX, após a Primeira Guerra Mundial. Rapidamente foi ganhando espaço, e teve seu consumo alastrado, fatalmente, em meados desse mesmo século, em virtude da intensa publicidade perpetrada pelas indústrias fumageiras.³

Confia-se que o hábito de fumar tenha sido propagado primeiramente para o continente africano, especialmente após a Primeira Grande Guerra. Contudo, a Europa foi o lugar em que o tabagismo foi amplamente difundido, e em menor tempo. Já o continente asiático, esse foi o que mais apresentou resistência à disseminação do hábito de fumar.⁴

Quando da introdução do cigarro no mercado de consumo, no início do século XX, o mesmo foi visto como um produto relacionado à masculinidade, juventude, sensualidade e status social. Mas, mediante inúmeras pesquisas feitas pela ciência médica, levadas a cabo a partir da metade desse mesmo século, acerca dos males que o cigarro pode causar à saúde, o produto começou aos poucos a ser visto como prejudicial e nocivo.

Assim, nos tempos atuais, em razão desse amplo estudo médico, das restrições impostas pela lei à comercialização, uso e publicidade desse produto, bem como das diversas campanhas governamentais de desestímulo ao fumo, o cigarro passou a ser tratado como produto inerentemente perigoso e causador de dependência química. Fato que coaduna com a verdade existencial do produto.

Para o Direito, o cigarro é um produto não-durável e potencialmente nocivo à saúde para os que dele se utilizam e que estão expostos. Assim, a doutrina jurídica classifica o cigarro como produto de risco inerente ou de periculosidade latente.

Apesar de todo conhecimento sobre os riscos causados pelo fumo, o tabaco, principal componente do cigarro, continua sendo amplamente cultivado em todo o mundo. Fato que faz da nicotina, a droga lícita mais consumida no planeta.

³ PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. *Responsabilidade Civil das Empresas Fabricantes de Fumo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 5.

⁴ DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade Civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Minas Gerais: Del Rey, 2000, p. 04.

Os Tribunais Brasileiros vem recebendo, desde a década de 80, um grande número de ações de reparação de danos que versam sobre pedidos de indenizações dos consumidores tabagistas, em virtude dos males decorrentes do consumo de cigarros.

As demandas ajuizadas antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor eram decididas com base no Código Civil de 1916, no qual a responsabilidade civil das fabricantes de cigarro era verificada por meio da teoria subjetiva, cabendo aos demandantes provarem os danos, o nexo causal e a culpa das fabricantes.

Após, com a edição do Código de Defesa do Consumidor, pela Lei 8.078/90, passou-se a decidir essas questões, concernentes às relações entre o fornecedor e o consumidor de produtos derivados do tabaco, com base nessa legislação, por tratar-se de relação de consumo.

Com isso, surgiram novos aspectos relativos à responsabilidade civil. Pois, é o que se verifica com o advento da responsabilidade civil objetiva nas relações consumeristas.

Nessa seara, novas discussões acerca desse tema despontaram, ao passo que questões como fato do produto, publicidade enganosa e/ou abusiva e dever de informar começaram a ser alegados pelos consumidores no âmbito das ações de indenização ajuizadas contra as indústrias fumageiras.

Dessa forma, como o objetivo da presente exposição é analisar todos os elementos caracterizadores da responsabilidade civil no que tange aos danos causados pelo consumo de cigarros e as discussões advindas dela, todas as questões supramencionadas merecem um detalhado estudo.

Assim, primeiramente serão tratados os aspectos gerais da responsabilidade civil, no que concerne ao seu nascimento, pressupostos, estrutura e classificações, para que se possa analisar, posteriormente, todos os elementos formadores da mesma.

Após, analisar-se-á, detalhadamente, os diferentes elementos caracterizadores da responsabilidade civil, especificamente, no que tange aos danos decorrentes do consumo de cigarros, buscando tratar o tema sob dois aspectos: antes e depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, serão feitos paralelos entre os argumentos defendidos pelas indústrias fumageiras e pelos consumidores, bem como será exposta a forma com que os Tribunais vem decidindo essas questões. Ao final, abordar-se-á o tratamento dado a esse tema no direito estrangeiro.

Dessa forma, o presente trabalho foi construído em vasta pesquisa jurisprudencial e bibliografia, especificamente em livros, revistas e artigos jurídicos, e sites da *web* relacionados com o assunto do tabagismo.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL: ASPECTOS GERIAS

O ordenamento jurídico brasileiro visa resguardar determinados valores com intuito de proteger o lícito e reprimir o ilícito, para isso estabelece deveres de diversas naturezas, que poderão atingir a todos os indivíduos (direitos absolutos) ou, apenas, a indivíduos determinados (direitos relativos). Nessa seara, insere-se o que o Direito denomina de dever jurídico, que pode ser entendido como “a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social”.⁵

Portanto, quando se viola um dever jurídico, estar-se-á originando um ilícito, que no mais das vezes é seguido de um dano. Com isso, gera-se um novo dever jurídico, o de reparar o dano. Em suma, pode-se dizer que ofendido um dever jurídico originário ou primário, gerando-se um dano, estar-se-á originando um dever jurídico sucessivo ou secundário, o de indenizar o prejuízo.

Partindo dessas premissas, adentra-se no campo da responsabilidade civil, pois a violação de um dever jurídico faz nascer um dever, imposto ao indivíduo, de reparar o prejuízo decorrente da violação daquele. Em outra palavras, a “responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.⁶

Nesse sentido, temos que a responsabilidade civil só incidirá nos casos em que se configurar a violação de um dever jurídico e o dano, já que a responsabilidade só existe quando há uma obrigação descumprida. Assim, “toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil”.⁷

Para um melhor entendimento acerca do instituto da responsabilidade civil, é necessário distinguir os conceitos de obrigação e responsabilidade. Nesse diapasão, a obrigação caracteriza um dever jurídico originário, que criará uma responsabilidade no caso de seu descumprimento, acarretando, assim, o dever de reparar o prejuízo ocasionado pelo descumprimento da obrigação. Portanto, “em toda obrigação há um

⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.

⁶ *ibidem*, p. 2.

⁷ *ibidem*.

dever jurídico originário, enquanto que na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo”.⁸

Assim, pode-se extrair duas assertivas acerca dos elementos abordados: (i) a responsabilidade, independentemente de sua modalidade, só é configurada com a violação de dever jurídico preexistente, pois que a mesma pressupõe o descumprimento de uma obrigação; e (ii) para se identificar o responsável deverá ser definido corretamente o dever jurídico violado e quem de fato o descumpriu.⁹

Isto posto, destacam-se algumas causas jurídicas, das mais relevantes, que podem vir a produzir a obrigação de indenizar no campo da responsabilidade civil, quais sejam: (i) o ato ilícito (*stricto sensu*); (ii) o ilícito contratual (inadimplemento); (iii) a violação de deveres especiais de segurança, incolumidade ou garantia impostos pela lei àqueles que exercem atividades de risco ou utilizam coisas perigosas; (iv) a obrigação de reparar danos assumida em contrato; (v) a violação de deveres especiais decorrentes da lei àquele que participa de uma determinada relação jurídica juntamente com outro indivíduo (responsabilidade indireta); e (vi) o ato lícito que motiva uma obrigação de indenizar nos termos ajustados na lei (ato realizado em estado de necessidade).¹⁰

Partindo dessas causas, é necessário analisar o fato jurídico, pois todo estudo acerca da responsabilidade civil deve partir da noção de que os fatos, de modo geral, repercutem no mundo jurídico. Em outras palavras, os acontecimentos, de modo direto ou indireto, causam efeitos jurídicos. Dito isso, fato jurídico, em sentido amplo, é “o acontecimento capaz de produzir consequências jurídicas, como o nascimento, a extinção e a alteração de um direito subjetivo”.¹¹

Os fatos jurídicos são subdivididos em naturais e voluntários. Os primeiros derivam de episódios da própria natureza, tais como o nascimento, a morte, o decurso do tempo, entre outros. Os segundos derivam de atos ou abstenções humanas com poder para gerar efeitos jurídicos.

Dessa forma, os fatos jurídicos voluntários, ou seja, os atos jurídicos – aqueles emanados de uma vontade humana – também subdividem-se em lícitos e ilícitos;

⁸ ibidem.

⁹ ibidem.

¹⁰ ibidem.

¹¹ ibidem, p. 6.

sendo lícito aquele realizado de acordo com a lei, e ilícito aquele que violar dever jurídico estabelecido por norma jurídica.¹²

Assim, pode-se afirmar que o fato originador da responsabilidade civil é o ato ilícito, que por ser ato contrário ao ordenamento jurídico, levado a cabo por uma vontade humana direta ou indireta, viola um dever jurídico preexistente. Ou seja, “os atos ilícitos, que promanam direta ou indiretamente da vontade, são os que ocasionam efeitos jurídicos, mas contrários, *lato sensu*, ao ordenamento.”¹³

Em suma, entende-se que estará presente o ato ilícito civil quando o agente, com ou sem intenção, provoque dano a outrem, infringindo uma norma ou procedendo contrariamente ao Direito.

O ato ilícito está preceituado no Código Civil Brasileiro de 2002, em seu Livro III – “Dos Fatos Jurídicos” –, Título III – “Dos Atos Ilícitos” –, nos artigos 186 a 188. Especificamente do artigo 186 extrai-se o conceito legal do ato ilícito, qual seja: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Como observado no artigo supramencionado, a ilicitude do ato pode apresentar dois aspectos relevantes: a intenção ou não de produzir o dano, que ensejam a presença da culpa ou do dolo. No entanto, em alguns casos, naqueles em que não exista nem dolo e culpa, tão-somente o dano, também se acarretará o dever de indenizar; pois, estar-se-á diante da denominada responsabilidade objetiva e do ato ilícito em sentido amplo, que serão tratados adiante.

Nesse sentido, afirma a doutrina que a ilicitude possui um duplo aspecto: objetivo e subjetivo. Primeiramente, quanto ao aspecto objetivo, para fins de configuração da responsabilidade civil, se apreciará apenas a conduta do agente ou o fato em si, a fim de verificar a sua materialidade ou exterioridade, relacionando posteriormente esses pontos com o ideal apresentado pelo ordenamento jurídico. Ademais, “a conduta contrária à norma jurídica, só por si, merece a qualificação de ilícita ainda que não tenha origem numa vontade consciente e livre”.¹⁴

¹² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v.1. p. 324.

¹³ *Ibidem*, p. 325.

¹⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 9.

De fato, o ponto principal da ilicitude do ato está, exatamente, ligada à questão do fato – entendido como evento ou conduta – ser antagônico ao Direito; negando, assim, os fins e os valores essenciais preceituados pelo ordenamento jurídico.

Pois, o legislador ao impor uma certa conduta, previamente, valorou positivamente o fim que a mesma visa atingir, de forma que a ilicitude da conduta é estabelecida de acordo com alguns valores sociais, entendidos como aqueles abarcados na noção do bem comum, bem como sob a ótica da falta de interesse ou utilidade social.

Com isso, ainda que não derive de ato humano voluntário, é configurada a ilicitude quando um comportamento contrário ao ordenamento jurídico é praticado, pois o mesmo estará ferindo os valores sociais protegidos pelo Direito. Dessa forma, considera-se ilícito tudo aquilo que violar um dever jurídico.

Concernente ao aspecto subjetivo da ilicitude, a conduta tida como ilícita somente poderá ser considerada como tal mediante um juízo de valor, que apenas será possível considerando-se que a conduta originou-se de ato humano consciente e livre. Assim, “por esse enfoque subjetivista, a ilicitude só atinge sua plenitude quando a conduta contrária ao valor que a norma visa a atingir (ilicitude objetiva) decorre da vontade do agente; ou, em outras palavras, quando o *comportamento objetivamente ilícito* for também culposo”.¹⁵

Dessa forma, acerca da violação de um dever jurídico – o ato ilícito –, aduz brilhantemente o ilustre doutrinador Sergio Cavalieri Filho, em linhas gerais:

Em suma, a violação de um dever jurídico possibilita formular, a seu respeito, dois juízos de valor: o juízo de valor sobre o caráter anti-social ou socialmente nocivo do ato ou do seu resultado e o juízo sobre a conduta do agente, na sua dimensão ético-jurídica; um juízo de valor sobre o ato e um juízo de valor sobre seu agente.¹⁶

Posto isso, consoante o duplo aspecto da ilicitude, imperioso também entender o ato ilícito em dois sentidos, estrito e amplo, para que, no âmbito da responsabilidade civil, se possa criar um paralelo entre o ato ilícito em seus dois sentidos e a responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

¹⁵ *ibidem*, p. 10.

¹⁶ *ibidem*.

A responsabilidade civil é um evento heterogêneo, originário de diversos requisitos intrinsecamente ligados; eclode e se caracteriza quando seus elementos formadores se integram.

Assim, o ato ilícito em sentido estrito é entendido como o composto de pressupostos da obrigação de indenizar, formado pela conduta ilícita, a culpa, o dano e o nexo causal. Conforme já exposto, esse é o sentido do artigo 186 do Código Civil de 2002, que trata do ato ilícito em sentido estrito e inclui a culpa como fator intrínseco da responsabilidade civil subjetiva.

Contudo, no que se refere à responsabilidade objetiva, na qual não há necessidade de aferir a culpa do agente, estar-se-á diante do ato ilícito em sentido amplo. Nesse caso, “o ato ilícito indica apenas a ilicitude do ato, a conduta humana antijurídica, contrária ao Direito, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico”.¹⁷

Certo é que o Código Civil de 2002 atribuiu ao ato ilícito os dois sentidos, tanto o estrito quanto o amplo; pois que além da responsabilidade civil subjetiva fundada no ato ilícito estrito, estabelecida no artigo 927, seu parágrafo único previu a responsabilidade civil objetiva, quando prescreveu a obrigação de indenizar independentemente de culpa, dando margem à existência do ato ilícito em sentido amplo.¹⁸

Ademais, corroborando essa ideia, observa-se que o Código Civil de 2002 conceituou o ato ilícito *stricto sensu* no artigo 186, conforme já exposto, mas também previu o conceito de ato ilícito *lato sensu*, quando no artigo 187 estabeleceu que a culpa não participaria como elemento integrante, e sim os limites impostos pela boa-fé, bons costumes e o fim econômico ou social do Direito, nos seguintes termos: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Em suma, assenta-se que o dever de indenizar quando do cometimento de atos ilícitos em sentido estrito e amplo foram contemplados pela legislação civil, podendo gerar, assim, a responsabilidade civil subjetiva e objetiva, a saber:

¹⁷ *ibidem*.

¹⁸ *ibidem*, p. 11.

[...] o Código Civil de 2002 contém cláusulas gerais tanto para a responsabilidade subjetiva como para a objetiva, cada qual abrangendo determinadas áreas da atividade humana. A responsabilidade subjetiva continua fulcrada no ato ilícito *stricto sensu* (art. 186), com aplicação nas relações interindividuais – violação de um dever jurídico –, e o ato ilícito em sentido amplo é o fator gerador da responsabilidade objetiva e tem por campo de incidência as relações entre o indivíduo e o grupo (Estado, empresas, fornecedores de serviços, produtos etc.).¹⁹

Diante do exposto, conclui-se que o ato ilícito é indispensavelmente um comportamento voluntário que viola um dever jurídico preexistente, pois a simples ameaça de violação do dever jurídico não configura o ato ilícito. Ademais, para que seja uma manifestação voluntária do agente, é necessário que ocorra uma manifestação de vontade.

Após a exposição acerca da configuração e formação do dever de indenizar, ou seja, da responsabilidade, tratar-se-á das espécies de responsabilidade civil, cujo fundamento foi buscado na quebra do equilíbrio econômico-jurídico provocado pelo dano. Nesse sentido, pode-se dividir o instituto da responsabilidade civil em diversas espécies, de acordo com a origem do dever jurídico violado e o elemento subjetivo da conduta do agente.

A responsabilidade civil pode ter como fontes uma relação jurídica obrigacional preexistente, em outras palavras, um dever procedente de contrato, ou uma obrigação determinada por algum preceito geral de Direito ou lei. Nesses casos, se estaria diante da responsabilidade contratual e extracontratual, respectivamente. Dessa forma, conforme a qualidade da violação são estabelecidas essas duas espécies de responsabilidade, a saber:

[...] Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.²⁰

¹⁹ *ibidem*.

²⁰ *ibidem*, p. 15.

Portanto, tanto na responsabilidade contratual quanto na extracontratual, está presente a violação de um dever jurídico preexistente, estando as diferenças apenas na sede desse dever.

Entretanto, no ordenamento jurídico brasileiro essa divisão não é taxativa, pois com o advento do Código de Defesa do Consumidor essa distinção foi superada no campo da responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, uma vez que igualou ao consumidor todas as vítimas de acidente de consumo, sob o fundamento de que esse tipo de responsabilidade advém da ofensa a dever de segurança, no qual “o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente de consumo.”²¹

Em suma, a caracterização da responsabilidade civil subjetiva depende da presença de três fatores, a saber: (i) conduta culposa ou dolosa do agente; (ii) nexos causal; e (iii) dano. Já a responsabilidade objetiva não depende da aferição de culpa ou dolo na conduta do agente, apenas é necessário estar presente o nexos causal e o dano. Em paralelo com as relações de consumo, mediante o que determina o Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade nas relações consumeristas é objetiva, sendo embasada no dever de segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado consumerista.

Por outro lado, a ilicitude não está relacionada com o dever de indenizar de forma completamente adstrita, pois pode haver ilicitude sem a presença de dano, bem como dano sem ilicitude. Nesse ponto, pode-se citar o artigo 188 do Código Civil, que preceitua situações em que a conduta do agente, mesmo que cause danos a outro indivíduo, não infringe dever jurídico. Essas hipóteses são causas de exclusão da ilicitude, as quais mesmo o agente causando danos, sua conduta está de acordo com a lei, a saber: (i) ato praticado no exercício regular de direito; (ii) ato praticado em legítima defesa; e (iii) ato praticado em estado de necessidade.

Nesse ponto, tratar-se-á apenas da hipótese de excludente de ilicitude por exercício regular de um direito, por ser a única importante para o estudo da responsabilidade civil das sociedades fabricantes de cigarro.

Pode-se conceituar essa excludente como sendo “o direito exercido regularmente, normalmente, razoavelmente, de acordo com seu fim econômico,

²¹ *ibidem*, p. 16.

social, a boa-fé e os bons costumes.”²² Por isso, o exercício regular de um direito consiste no desempenho de uma atividade ou prática autorizada pelo ordenamento jurídico. E, assim, o lícito estará excluindo o ilícito.

Insta salientar que esse direito deve ser exercido de forma regular, podendo se converter em ilícito, nos casos em que o agente exceda os limites ajustados pela lei, fato que configura o abuso de direito, preceituado no artigo 187 do Código Civil.

Percebe-se que o exercício regular de um direito deve atender a uma medida para ser considerado como lícito; caso ultrapassada, têm-se o abuso do direito, ensejando o ato ilícito passível de indenização.

Nessa seara, a aferição da responsabilidade civil das sociedades fabricantes de cigarros merece destaque. A excludente de ilicitude supramencionada é um dos argumentos de defesa utilizado pelas indústrias fumageiras nos tribunais, ao passo que a Constituição Federal, no artigo 170, estabeleceu como fundamento da ordem econômica brasileira a livre iniciativa, embasada nos princípios da propriedade privada e da função social da propriedade.

Alegam que a extensiva regulamentação das atividades econômicas de produção, industrialização e comercialização de cigarros e derivados do tabaco tornam a atividade lícita, corroborando também seus argumentos mediante o que dispõe o § 4º do artigo 220 da Constituição Federal, que prevê a regulamentação da propaganda desse tipo de atividade.

Ademais, argumentam que a Constituição Federal “dispõe expressamente sobre a publicidade de produtos de tabaco, de maneira que seria paradoxal que o próprio texto constitucional admitisse a publicidade de uma atividade ilícita”.²³

Por outro lado, os consumidores de cigarro que pleiteiam indenizações perante o poder judiciário, acerca dessa questão, argumentam que a atividade é presumidamente lícita, mas que ocorre um abuso de direito no que se refere à propaganda abusiva, fato esse que violaria, principalmente, a boa-fé das relações de consumo, ensejando, assim a indenização. Contudo, essa questão será tratada em momento oportuno, quando se abordará o tema da publicidade e do dever de informar.

²² *ibidem*, p. 19.

²³ MIGLIORA, Luiz Guilherme; BASTOS, Felipe; FRANÇA, Thomas Belitz. As ações indenizatórias movidas por fumantes contra empresas que produzem cigarros no direito comparado e brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 95, n. 846, p. 59, abr. 2006.

Sobre a licitude das atividades perpetradas pelas indústrias fumageiras, os tribunais vem decidindo a favor das mesmas, entendendo ser a prática uma atividade lícita, mediante diversos fundamentos distintos.

Fazendo um paralelo, pode-se dividir as decisões em dois grupos, no qual o primeiro entende que a atividade é lícita, fundamentando esse argumento apenas no fato da atividade se tratar de um exercício regular de direito, assegurada e regulamentada por lei, fato que por si só afastaria a responsabilização. Nesse sentido, apresentam-se trechos de alguns julgados que entendem dessa forma.

Com efeito, não há dúvidas, hodiernamente, sobre os efeitos nefastos do consumo de cigarro sobre a saúde dos consumidores, fato comprovado após recorrentes estudos científicos. **Não obstante, é também fato que a sociedade e, principalmente, o legislador constitucional (artigo 220, §4º da CRFB) e infraconstitucional (Lei 9294/96) reconhecem a legitimidade e a licitude da fabricação, comercialização e publicidade do cigarro. Como afirmado pela ré (fls. 1424), as atividades comerciais e industriais ligadas ao cigarro são lícitas no Brasil, configurando o objeto de extensa regulamentação e disciplina, nos quesitos de precificação, propaganda, tributação, exportação e informação ao consumidor.**

Não havia à época dos fatos narrados, **como ainda não há, ato ou fato ilícito na industrialização e venda de cigarros, o que define a atividade da ré como exercício regular de um direito, nos moldes e limites impostos pelo ordenamento jurídico.** Como bem sabido e expresso no artigo 5º, II, da CRFB, inexistente obrigação de fazer ou de se omitir que possa ser imposta sem que haja previsão em lei para tanto. **A inexistência de ato ilícito, por si só, já compromete o reconhecimento da responsabilidade da ré, ressalvadas as exceções em que a obrigação permanece apesar de se tratar de ação lícita, o que tampouco se vislumbra no caso concreto.**

Por outro lado, a inconsistência da política sanitária, criminal e de saúde nacional, que autorizam o consumo de álcool e tabaco, vedando o de inúmeras outras substâncias entorpecentes e de efeitos nocivos à saúde, é um dos elementos centrais dos debates acerca do tema. Apesar disso, não cumpre ao magistrado fazer juízo de moralidade, custo-benefício e justiça social de tais medidas, sob pena de travestir-se em legislador, mas sim respeitar e impor a vontade legislativa que, a princípio, reflete a da população. **E nesse tocante, a livre iniciativa deve ser respeitada, pois não está ultrapassando qualquer limite imposto pelo ordenamento jurídico.**²⁴ *(grifos nossos)*

A MM. Juíza a quo decidiu, em julgamento antecipado do feito, pela improcedência da pretensão autoral ao fundamento de que a atividade desempenhada pela ré é lícita e autorizada pelo Poder Público, não se configurando o ato ilícito descrito na exordial, sendo a periculosidade do cigarro inerente à sua natureza, donde concluir-se que seu consumo decorre do livre arbítrio do indivíduo. E, bem examinada a hipótese, verifica-se a r. sentença deu correta solução à lide.²⁵

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0121082-93.2000.8.19.0001. Rachel Rosenberg e Souza Cruz S/A. Relatora: Des. Maria Augusta Vaz M de Figueiredo. Julgado em 02/03/2010.

²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2009.001.43901. Vera Lúcia de Oliveira e Souza Cruz S/A. Relatora: Des. Marilene Melo Alves. Julgado em 07/04/2010.

Por outro lado, alguns julgados apresentam entendimento diferente acerca da licitude dessa atividade, no sentido de não tê-la como absoluta, em razão da possível responsabilização das indústrias fumageiras pelos prejuízos que possam vir a causar seus produtos.

É inconteste que a atividade laborativa desenvolvida pela demandada é lícita. Contudo, a mera licitude formal da atividade comercial não exonera a demandada de reparar prejuízos gerados aos indivíduos pelo consumo dos produtos por si comercializados e distribuídos. Não observância do princípio da boa-fé objetiva, princípio esse que deve balizar toda e qualquer relação. Ainda, a omissão da demandada na prestação das informações precisas sobre o produto pode vir a ser configuradora de ato ilícito.

[...]

Inicialmente, desimporta exerça ou não a demandada atividade legalmente admitida. Com efeito, o fato de uma atividade empresarial não ser proibida, não isenta a empresa de eventuais responsabilidades decorrentes da nocividade, defeito, máculas ou problemas oriundos dos produtos por si produzidos e comercializados.

Ou seja, não é o fato de a atividade ser lícita que elidirá o agente de arcar com eventuais prejuízos decorrentes de seu agir (ou não agir).

Como exemplo, podemos citar uma empresa de agrotóxicos, que passe a comercializar inseticidas que acarretem contaminação nos alimentos nos quais são aplicados, gerando malefícios aos seus consumidores.

Na hipótese ventilada, a atividade é lícita, porém, mesmo assim, o produto colocado à disposição do público possui mácula, que acarreta prejuízos a terceiros. Será que responderia a empresa pelos danos? Evidente que sim.

[...]

O cigarro possui efeitos nocivos comprovados cientificamente, consoante já restou explicitado. **Contudo, mesmo ciente desta nocividade, em 1988, ao invés de proibir a comercialização do tabaco, o governo teve por manter, implicitamente, a autorização da comercialização do cigarro no país.**

[...]

Assim, tem-se que a atividade empresária desenvolvida pela demanda possui adornos legais. Contudo, isso não enseja a conclusão de que ela foi ou é exercida com a observância do princípio da boa-fé objetiva. Até porque, as fantasias de prazer e ventura apregoadas em suas sedutoras propagandas contrastam, umbilicalmente, da realidade maléfica que, indubitavelmente, advém da cultura e do consumo de fumo, seja em nível pessoal ou social.²⁶ (*grifos nossos*)

De fato, enquanto o exercício de prerrogativas conferidas, explicitamente, a uma pessoa, reveste-se de presunção de licitude, o exercício do amplo e vaço poder de agir, decorrente de ausência de proibição legal, não confere senão uma frágil presunção de licitude do ato (omissivo ou comissivo) praticado. Destarte, 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

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70017634486. Sonia Maria Hoffmann Mattiazzi e outros e Souza Cruz S/A. Relator: Des. Paulo Sérgio Scarparo. Julgado em 27/06/2007.

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.

[...]

A ilicitude da conduta, na hipótese, é prescindível. Como bem colocou o Exmo. Desembargador Luís Augusto Coelho Braga, em voto proferido nesta Colenda Câmara, "**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**".²⁷ (*grifos nossos*)

Realmente, o direito civil não se compadece não só com a prática de atos contrários ao direito positivo (ilícito stricto sensu). Ao reverso, ainda que tenha o ato sido praticado no exercício de um direito reconhecido, há ilicitude se o fora em manifesto abuso, contrário à boa-fé, à finalidade social ou econômica do direito, ou, ainda, se praticado com ofensa aos usos e costumes.

Conclui-se, então, que a "ilicitude", que rende ensejo à responsabilidade civil, não é sinônimo de "ilegalidade", mas de violação a um dever jurídico contemplado pelo sistema, quer por meio de lei, quer por meio de princípios da lei decorrentes.

O princípio da boa-fé, como é sabido, manifesta-se em tripla dimensão, qual cânone hermenêutico-integrativo, de criação de deveres jurídicos - no qual se inclui o dever acessório de informação - e de limitação ao exercício de direitos subjetivos.²⁸ (*grifos nossos*)

Diante o exposto, depreende-se que há diferentes entendimentos acerca da licitude das atividades das indústrias fumageiras, o que possibilita ultrapassar essa questão e analisar os demais fundamentos formadores da responsabilização civil, ou de seu afastamento, no que concerne ao dever de indenizar das indústrias tabaqueiras diante de consumidores que adquiriram doenças ligadas ao uso do cigarro.

Primeiramente, passa-se à análise do nexos causal, entendido como elemento fundamental na aferição tanto da responsabilidade subjetiva quanto da objetiva, sendo a última a incidir no caso da relação consumerista abordada na presente exposição.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 70052692860. Zoila Rita Ortiz dos Santos, Cariné Ortiz dos Santos da Costa e Souza Cruz S/A. Relatora: Des. Marilene Bonzanini Bernardi. Julgado em 19/04/2013.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.113.804. Souza Cruz S/A e Sônia Maria Hoffmann Mattiazzi e outros. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 27/04/2010.

3 NEXO CAUSAL: TEORIA DA CAUSALIDADE DIRETA E IMEDIATA. SUBTEORIA DA NECESSARIEDADE

Primeiramente, deve-se destacar que a presença da responsabilidade civil e, conseqüentemente, do dever de indenizar, só se configura mediante a existência do nexo causal. Em outras palavras, “o dever de reparar um dano depende da existência do nexo causal entre certa conduta e o resultado danoso”²⁹

Certo é que para fins de responsabilização civil não é suficiente a prática de uma conduta ilícita e a ocorrência de um dano a alguém, será necessário que o ato ilícito perpetrado pelo agente tenha necessariamente causado o dano à vítima, configurando-se uma verdadeira relação de causa e efeito.

Em suma, o ato ilícito deve ser o motivo do dano, ou seja, o prejuízo suportado pela vítima deve ser resultado pela conduta do agente. Dessa forma, o nexo causal está inserido no âmbito da existência de ligação entre o dano e o fato para verificar se entre eles é possível, à luz do ordenamento jurídico, serem considerados aquele causa desse, em estrita decorrência um do outro.³⁰

O nexo causal, conceitualmente, é o vínculo de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano. Segundo, o ilustre ensinamento de Flávio Tartuce:

o nexo de causalidade ou nexo causal constitui o elemento imaterial, espiritual ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém. Pode-se imaginar que o nexo de causalidade é um cano virtual, que liga os elementos da conduta e do dano.³¹

Além disso, nota-se que quando o dano resulta de um fato simples, a aferição do nexo causal se torna tarefa mais fácil, pois a causalidade é atribuída de forma direta entre o dano e o fato. No entanto, quando o dano pode resultar de múltiplas causas, como é o caso dos decorrentes do consumo de cigarro, a verificação da responsabilidade toma contornos mais complexos, pois diversos fatores influenciam para a produção do dano.

²⁹ TEPEDINO, Gustavo. *A causalidade nas ações de responsabilidade atribuídas ao hábito de fumar*. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, v. 102, n. 384, p. 209, abr. 2006.

³⁰ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 47.

³¹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 3.ed., São Paulo: Editora Método, Grupo GEN, 2008. p. 190.

Ocorre que há algumas controvérsias no que tange ao entendimento de ser o cigarro efetivo causador de doenças ou mero fator de perigo. Essa questão posiciona o usuário de cigarros num grupo de risco mais vulnerável às doenças cuja causa também é atribuída ao tabaco. Nesse sentido, o que percebe-se é que o posicionamento majoritário tende a afirmar que o cigarro se apresenta apenas como fator de risco, podendo ou não causar doenças, assim como outros produtos.³²

Partindo desses conceitos, para melhor esclarecer todas essas questões, as quais envolvem o consumo do cigarros e as doenças a ele supostamente atribuídas, passar-se-á a analisar a teoria da causalidade direta e imediata, sob a vertente da subteoria da necessidade, para viabilizar a definição do nexos causal na responsabilidade objetiva consumerista, em decorrência dos possíveis danos causados pelo hábito de fumar.

De certo que dentre as diversas teorias que objetivam estabelecer o correto entendimento acerca do nexos causal, imperou, no ordenamento jurídico brasileiro, a supramencionada teoria, que está preceituada no artigo 403 do Código Civil de 2002, nos seguintes dizeres: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

Salienta-se que, embora o supramencionado artigo se refira à responsabilidade contratual, o dispositivo é aplicável, também, em matéria de responsabilidade extracontratual, de modo que o ordenamento jurídico estabelece uma completa reparação das perdas e danos.

Nessa teoria, o objetivo é verificar se determinada causa, no caso concreto, foi a que necessariamente produziu o resultado. Em outras palavras, procede-se a um juízo de valor no caso concreto, no qual o devedor só responde pelos danos que são consequências necessárias do inadimplemento, e não pelos originados de outras consequências não necessárias, de mera ocasião. Portanto, a causa direta e imediata, nem sempre será a causa mais próxima do dano, mas aquela que necessariamente o ocasionou.³³

³² Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista28/revista28_204.pdf>. Acesso em 23/12/2013.

³³ TEPEDINO, op. cit., p. 212.

De fato, a expressão “direta e imediata” contida no referido artigo, a princípio, não abarcaria a indenização pelo denominado dano indireto ou dano remoto, fato esse que ocasionaria um obstáculo prático. No entanto, foi por meio da batizada subteoria da necessariedade da causa, a qual “entende as expressões *dano direto* e *dano imediato* como reveladoras de um liame de necessariedade entre a causa e o efeito”³⁴, que foi possível englobar dentro da teoria da causalidade direta e imediata, as hipóteses de danos indiretos passíveis de ressarcimento, protegendo e dando maior segurança jurídica aos indivíduos.

Na lição do professor Gustavo Tepedino, “a necessariedade consiste no verdadeiro núcleo da teoria da causalidade direta e imediata, não se excluindo a ressarcibilidade excepcional de danos indiretos, quando derivados necessariamente da causa em questão”.³⁵

Ademais, existem casos em que o dano é decorrente de múltiplas causas, as concausas. Nesse liame, como já demonstrado, o nexo de causalidade está presente quando o dano é o resultado necessário de uma causa, compreendendo o dano direto e imediato em todos esses casos; no entanto, no dano indireto e remoto também pode haver o nexo causal, desde que não ocorra a hipótese de concausa sucessiva, que será tratada adiante.

Será nessa seara, das concausas, que se analisará o nexo de causalidade existente entre o consumo de cigarros e algumas doenças sofridas pelos consumidores desse produto, objetivando expor e analisar os entendimentos majoritários empregados nesse tema, à luz das decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros.

3.1 CONCAUSAS: CAUSALIDADES MÚLTIPLAS

No campo do nexo de causalidade, a causa do dano pode apresentar-se de forma multifatorial quando está presente a hipótese de associação do dano a múltiplas

³⁴ *ibidem*.

³⁵ *ibidem*, p. 213.

causas (concausas) deflagradoras. Nesse sentido, entende o doutrinador Flávio Tartuce que “em algumas situações o evento danoso surge diante de um conjunto de causas que tenham provocado o dano (causalidade múltipla)”.³⁶

Dessa forma, quando diante de danos causados por diversas causas, deve-se analisar se são concausas sucessivas, quando uma causa é responsável diretamente pelo dano e as outras indiretamente; ou se são concausas concorrentes e concomitantes, quando todas igualmente são relacionadas ao dano.³⁷ Salienta-se que o vínculo de necessariedade entre o evento danoso e sua causa deve estar presente independentemente de tratar-se de uma única causa ou de múltiplas causas (concausas).

Para que se possa enquadrar à teoria das concausalidades a hipótese trazida no presente estudo, preliminarmente é necessário analisar as doenças que guardam relação com o hábito de fumar.

A doutrina médica afirma que o tabagismo é um fator de risco para as denominadas doenças crônicas não transmissíveis (DCNT), que são responsáveis por 72% das mortes no Brasil. Essas doenças se dividem em quatro grupos: cardiovascular, câncer, respiratória crônica e diabetes. Além disso, essas enfermidades tem como fatores de risco, além do tabagismo, o consumo de álcool, o sedentarismo, a alimentação não saudável, a obesidade, e os fatores genéticos.³⁸

O termo “risco”, utilizado pela ciência médica, serve para definir a chance de um indivíduo saudável, exposto a determinados fatores, ambientais ou hereditários, adquirir uma doença. Por sua vez, os elementos ligados ao aumento do risco de se desenvolver uma doença são denominados de fatores de risco. E, acerca dos fatores de risco, deve-se ter em mente que o mesmo fator pode ser de risco para várias doenças, como, por exemplo, o tabagismo, que é fator de risco para diversos cânceres e doenças cardiovasculares e respiratórias. Por outro lado, vários fatores de risco podem estar envolvidos na causa de uma mesma enfermidade, que pode ser deflagrada por agentes causais múltiplos.

Assim, o estudo dos fatores de risco, isolados ou combinados, tem permitido estabelecer relações de causa-efeito entre esses e determinados tipos de doenças

³⁶ TARTUCE, op. cit., p. 190.

³⁷ TEPEDINO, op. cit., p. 216.

³⁸ Disponível em: <<http://portal.fiocruz.br/pt-br/node/4328>>. Acesso em: 26/12/2013.

crônicas não transmissíveis.³⁹ Ademais, a relação de causa e efeito entre a exposição a um ou mais fatores de risco e o desenvolvimento de uma doença nem sempre é aferido facilmente, especialmente quando se presume que a relação se dê com comportamentos sociais comuns – como o mesmo tipo de alimentação, por exemplo. As primeiras manifestações das doenças supramencionadas podem surgir após muitos anos de exposição a um único fator de risco, bem como de forma contínua a dois ou mais fatores de risco, como exemplo: a radiação solar e o tabagismo.⁴⁰

Além disso, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), o consumo de tabaco é notadamente um dos principais fatores de risco para as doenças crônicas não transmissíveis; e de acordo com suas estimativas, em torno de seis milhões de mortes anuais estão relacionadas com o uso direto do tabaco e produtos derivados, bem como com o fumo passivo. Estima-se que o hábito de fumar seja fator responsável por, aproximadamente, 70% (setenta por cento) dos cânceres de pulmão, 42% (quarenta e dois por cento) das enfermidades respiratórias crônicas e por cerca de 10% (dez por cento) das doenças do aparelho circulatório.⁴¹

Como pode-se observar, os estudos sobre a relação do tabagismo com algumas enfermidades tratam o uso do tabaco e derivados como fator de risco, e não como causa direta. Assim, sendo essas doenças multifatoriais, é extremamente difícil atribuir a sua causa apenas ao tabagismo.

Com isso, para fins de verificação do nexo de causalidade existente entre o ato de fumar e as doenças apresentadas pelos fumantes, encontra-se um óbice jurídico, pois de acordo com a teoria da causalidade direta e imediata, sob a vertente da subteoria da necessariedade, para que ocorra o dever de reparar, ou seja, a responsabilização civil das indústrias fumageiras, deve estar presente “o vínculo de necessariedade entre a causa – ou concausas – e o evento danoso”.⁴²

Certo é que para a medicina e para o direito, os elementos responsáveis pela origem das DCNT encontram fundamentos de causas e efeitos diferentes, pois que

Para a epidemiologia, o nexo de causalidade se estabelece entre causas prováveis de certa enfermidade, de tal modo que todos os fatores de risco, por serem, do ponto de vista estatístico, potenciais causadores de determinado quadro patológico, configuram causas de enfermidades.

³⁹ Disponível em: <http://www.inca.gov.br/conteudo_view.asp?id=13>. Acessado em: 26/12/2013.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Disponível em: <<http://www.who.int/gho/tobacco/en/index.html>>. Acessado em: 26/12/2013.

⁴² TEPEDINO, op. cit., p. 216.

Para a técnica do direito, bem ao contrário, como robustamente demonstrado, cuidando-se de se atribuir consequências patrimoniais e morais danosas a alguém, impondo-se-lhe sanções, suprimindo bens de seu patrimônio e restringindo sua esfera de atuação privada, somente pode-se considerar como causa jurídica de um evento danoso o comportamento ou atividade ligada ao dano pelo nexo de causalidade necessário.⁴³

Dessa forma, a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência é no sentido de não verificar o nexo de causalidade nessas hipóteses, ao argumento de que as doenças relacionadas ao ato de fumar são multifatoriais, não sendo, assim, o uso de cigarros condição necessária ou suficiente para configurar o nexo causal, por conseguinte o dever de indenizar.

Além disso, como sabido, “inúmeras pessoas há que contraem doenças com esse fator de risco, apesar de nunca haverem fumado, ao passo que outras existem, também inúmeras, que fumam durante quase toda a vida e não as contraem”.⁴⁴ Assim, a princípio, conclui-se que o hábito de fumar não é causa necessária de origem das DCNT para a teoria jurídica.

No que concerne à qualificação dessas concausas como sucessivas, ou concorrentes, não há como enquadrá-las, teoricamente, em nenhum conceito. As doenças ligadas ao consumo de cigarros por serem multifatoriais, estão associadas a diversos outros fatores de risco, não só ao tabagismo, podendo esses fatores estarem presentes, isolada ou conjuntamente, na origem das enfermidades referidas.

Assim, de acordo com os tipos de concausas, o hábito de fumar conjuntamente com outros fatores de risco não poderiam se enquadrar na hipótese de concausas sucessivas, pois, aqui, apenas um dos fatores de risco deve ser diretamente o responsável pelo origem da doença, sendo os outros responsáveis indiretamente, fato esse quase impossível de se aferir no âmbito de uma enfermidade multifatorial.

Do mesmo modo, no que se refere a hipótese de concausas concorrentes, na qual todos os fatores de risco devem estar presentes e concorrerem potencialmente para a origem da doença, mesmo nesse caso, como já mencionado, não seria possível

⁴³ Ibidem, p. 222.

⁴⁴ ALVES, José Carlos Moreira. A causalidade nas ações indenizatórias por danos atribuídos ao consumo de cigarros. In: LOPEZ, Teresa Ancona. *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 251.

aferir qual dos fatores de risco deu origem, necessariamente, à doença, por tratar-se de doença de múltiplas origens.

Assim, afirma o brilhante professor Gustavo Tepedino:

Por não se tratar de causa necessária, como exaustivamente demonstrado, o tabagismo não se insere, a rigor técnico, quer nas hipóteses de causalidade sucessiva, quer nas hipóteses de causalidade concorrente, sendo tão somente, do ponto de vista epidemiológico, um fator de risco, ou seja, potencialmente capaz de provocar doenças.

O que se tem, nos conflitos que pretendem vincular o hábito de fumar com as diferentes doenças, não é tecnicamente uma multiplicidade de causas, contribuindo – paralela ou sucessivamente – para o dano, mas uma multiplicidade de causas que podem causar, cada uma delas, o dano, em conjunto ou isoladamente.⁴⁵

Para corroborar o entendimento aqui massificado, colaciona-se trecho de um julgado do STJ – que até o presente serve como parâmetro para outros julgadores – a fim de demonstrar o posicionamento majoritário dos Tribunais acerca da presença ou não do nexos de causalidade na relação entre o consumo de cigarros e o aparecimento de doenças:

E nesse passo, não vislumbro também, no caso concreto, a configuração de nexos causal entre o falecimento do familiar dos autores e o fumo, uma vez que somente rende ensejo à responsabilidade civil o nexos causal demonstrado segundo os parâmetros jurídicos adotados pelo ordenamento, o que, no caso, não ocorreu.

Isso porque, em relação ao nexos causal, **vigora do direito civil brasileiro (art. 403 do CC/02 e art. 1.060 do CC/16), sob a vertente da necessariedade, a “teoria do dano direto e imediato”, também conhecida como “teoria do nexos causal direto e imediato” ou “teoria da interrupção do nexos causal”** (CRUZ, Gisela Sampaio da. O problema do nexos causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 96).

Segundo a tese acolhida em nosso ordenamento jurídico, reconhecendo-se a possibilidade de vários fatores contribuírem para o resultado, elege-se apenas aquele que se filia ao dano mediante uma relação de necessariedade, vale dizer, dentre os vários antecedentes causais, apenas aquele elevado à categoria de causa necessária do dano dará ensejo ao dever de indenizar.

[...]

Na hipótese de doenças neoplásicas ou carcinomas, como ocorreu no caso concreto, não há como se vislumbrar o nexos causal, baseado em uma relação de necessariedade, entre o tabagismo e a moléstia desenvolvida pelo de cujus. Isso porque **a arte médica está limitada a afirmar a existência de fator de risco entre o fumo e o câncer, tal como outros fatores, como a alimentação, o álcool e o modo de vida da pessoa, se sedentária ou estressante.**

[...]

⁴⁵ TEPEDINO, op. cit., p. 223.

Todavia, não há comprovadamente ainda na arte médica uma causalidade necessária, direta e exclusiva entre o tabaco e o desenvolvimento do câncer - tal como exigida pelo art. 403 do Código Civil de 2002 -, o que também afasta o dever de indenizar. Isso porque se mostra relevante para o mundo jurídico, no tocante à determinação do nexos causal, o fato de que diversos fumantes notórios nunca desenvolveram qualquer tipo de câncer, ao passo que pessoas de vida saudável - mesmo crianças -, que nunca fumaram, também são acometidas por esse terrível mal.

Definitivamente, isso não sugere a inexistência de relação entre o tabaco e o câncer, ou até outras enfermidades, como infarto ou doenças pulmonares crônicas. **Na verdade, somente sugere que outras causas que não o cigarro são também, em alguns casos, determinantes para o desenvolvimento do câncer, podendo mesmo consubstanciar-se como causas exclusivas.**

Diante desse cenário de incertezas - ou certezas apenas estatísticas -, somente se fosse possível, no caso concreto, determinar quão relevante foi o cigarro para o infortúnio que ceifou a vida do ente querido dos autores, ou seja, qual a proporção causal existente entre o tabagismo e o falecimento, poder-se-ia cogitar de se estabelecer um nexos causal juridicamente satisfatório, o que, no caso, somente com o aprimoramento médico e mediante um exame post mortem seria possível determinar-se.⁴⁶ (*grifos nossos*)

3.2 CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA: O LIVRE-ARBÍTRIO

A culpa exclusiva da vítima, conceitualmente, está inserida numa situação onde um fato ou ato exclusivo da vítima do dano opera no sentido de afastar a responsabilidade do agente, exatamente porque elimina a causalidade entre a sua atuação e o evento danoso. Assim ocorrendo, a vítima arcará com todos os prejuízos advindos, eis que culpada exclusiva pela emergência deles.

Acerca do nexos de causalidade, alguns argumentos são levantados em defesa da indústria fumageira no sentido de afastar o dever de indenizar, e um desses é a alegação de culpa exclusiva da vítima diante do consumo de cigarros, no qual a mesma estaria usufruindo do seu livre-arbítrio e utilizando sua autodeterminação na escolha de consumir o produto.

Nesse ponto, pode-se levantar duas importantes questões sobre o comportamento do usuário de cigarros no que se refere à culpa exclusiva da vítima:

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.113.804. Souza Cruz S/A e Sônia Maria Hoffmann Mattiazzi e outros. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 27/04/2010.

(i) o início do consumo, quando a vítima escolheu experimentar e consumidor o produto; e (ii) a dependência/vício estabelecido com o produto. Nesse tópico analisar-se-á apenas o primeiro ponto a partir da ideia do livre-arbítrio.

O ponto, ora abordado, é rico de muitos argumentos, cada um tendencioso a explicar ao seu modo o livre-arbítrio no consumo de cigarros. De certo que a intenção da presente exposição não é trazer respostas sobre essas questões, mas sim fazer um reflexão acerca de todas, trazendo diversas considerações originadas dos mais diferentes pontos de vista.

Há quem afirme que o consumidor estaria exercendo o seu livre-arbítrio ao decidir iniciar e continuar a consumir o cigarro, mesmo sabendo dos riscos intrínsecos que o mesmo oferece. Com isso, o usuário desse produto estaria assumindo o perigo de contrair doenças, quando por escolha própria iniciou o consumo. Optando, assim, em satisfazer seus desejos no momento e tempo oportunos, sem se importar com as recomendações médicas no sentido de evitar a utilização de um produto prejudicial à saúde, já que o consumo do mesmo não foi imposto ao indivíduo e trata-se de produto não essencial à sobrevivência humana.⁴⁷

O argumento supracitado é largamente utilizado na defesa das sociedades fabricantes de cigarro, e tem sido acolhido pelos Tribunais brasileiros para afastar a incidência do nexo de causalidade sob o fundamento de culpa exclusiva da vítima, isentando de responsabilidade as fabricantes do produto. Dessa forma, pode-se observar a posição da jurisprudência nos seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. FUMANTE. EXERCÍCIO DO LIVRE-ARBÍTRIO. RUPTURA DO NEXO DE CAUSALIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 NÃO CONFIGURADA. 1. Tendo o Tribunal a quo apreciado, com a devida clareza, toda a matéria relevante para a apreciação e julgamento do recurso, não há falar em violação ao art. 535 I e II do Código de Processo Civil. **2. É incontroverso nos autos que o Autor começou a fumar nos idos de 1.988, mesmo ano em que as advertências contra os malefícios provocados pelo fumo passaram a ser veiculadas nos maços de cigarro. 3. Tal fato, por si só, afasta as alegações do Recorrido acerca do desconhecimento dos malefícios causados pelo hábito de fumar, pois, mesmo assim, com as advertências, explicitamente estampadas nos maços, Miguel Eduardo optou por adquirir, espontaneamente, o hábito de fumar, valendo-se de seu livre-arbítrio.** 4. Por outro lado, o laudo pericial é explícito ao afirmar que não pode comprovar a relação entre o tabagismo do Autor e o surgimento da Tromboangeíte Obliterante. 5. Assim sendo, rompido o nexo de causalidade da obrigação de indenizar, não há falar-se em direito à percepção de

⁴⁷ TEPEDINO, op. cit., p. 225.

indenização por danos morais. 6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.⁴⁸ (*grifos nossos*)

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. Propositura por fumante contra indústria de cigarro. **Hipótese de adesão espontânea ao produto prejudicial à saúde. Danos ocorridos por culpa exclusiva da vítima. Nexo causal afastado.** Ausência de ilicitude no comportamento da ré. Sentença mantida RECURSO DESPROVIDO.⁴⁹ (*grifos nossos*)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO - TABAGISMO - LICITUDE DA ATIVIDADE DA EMPRESA PRODUTORA DE CIGARROS - INEXISTÊNCIA DE PROPAGANDA ENGANOSA - **LIVRE ARBÍTRIO DO CONSUMIDOR - EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE CARACTERIZADA - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - ROMPIMENTO DO NEXO CAUSAL** - DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE RECURSO DESPROVIDO.⁵⁰ (*grifos nossos*)

1.RESPONSABILIDADE CIVIL.2. DANOS MATERIAIS E MORAIS.3. TABAGISMO. USO PROLONGADO DE CIGARROS.4. PROPAGANDA ENGANOSA.5. ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, NÃO HAVIA NORMA LEGAL SOBRE O FUMO, TEMA ENCARTADO NO ART. 220 DA NOVA CARTA POLÍTICA, REMETENDO A REGULAMENTAÇÃO PARA LEI ORDINÁRIA, QUE DEVERIA TER SIDO EDITADA EM DOZE MESES, CONFORME ART. 65 DO ADCT, MAS QUE SÓ VEIO A LUME EM 1996, SOB O NÚMERO 9294.6. DE LONGA DATA, HÁ DÉCADAS, SÃO CONHECIDOS OS EFEITOS NEGATIVOS DO HÁBITO DE FUMAR, ANTES SOCIALMENTE ACEITO E INCENTIVADO.7. A PARTIR DA VIGÊNCIA DA NOVA CARTA MAGNA OS FABRICANTES PASSARAM A DIVULGAR ALERTAS DESTACANDO OS PERIGOS À SAÚDE, E A PROPAGANDA NEGATIVA SE TORNOU MAIS INTENSA A PARTIR DAS REGRAS GENÉRICAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, INTENSIFICANDO-SE APÓS A LEI ESPECÍFICA, SEMPRE OBEDECIDO O ORDENAMENTO JURÍDICO PELAS EMPRESAS DO RAMO.8. A INDUSTRIALIZAÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO E PROPAGANDA DO TABACO SÃO ATIVIDADES LÍCITAS E REGULAMENTADAS.9. **FUMAR, E MANTER-SE FUMANTE, É ESCOLHA PESSOAL, CORRENDO O INTERESSADO OS RISCOS, POSTO QUE INSISTENTEMENTE ALERTADO POR FRENÉTICA E PERMANENTE, CAMPANHA CONTRÁRIA.**10. **CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR, PELOS EVENTUAIS MALEFÍCIOS EXPERIMENTADOS.**11. **DE OUTRO LADO, AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO EFETIVA DO NEXO CAUSAL,** ASSIM COMO DE UTILIZAÇÃO EXCLUSIVA DOS PRODUTOS DA RÉ.12. SENTENÇA QUE MERECE PRESTÍGIO.13. RECURSO IMPROVIDO.⁵¹ (*grifos nossos*)

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 886.347. Souza Cruz S/A e Michel Eduardo da Silva Martins. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. Julgado em 25/05/2010.

⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 994.06.039209-1. João Paulo de Oliveira e Souza Cruz S/A. Relator: Des. Paulo Alcides. Julgado em 09/12/2010.

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 6980892. Simoni Palmeira da Silva e outros e Souza Cruz S/A. Relator: Des. José Augusto Gomes Aniceto. Julgado em 07/10/2010.

⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0007423-12.2002.8.19.0042. Maria Celia da Silva e outros e Souza Cruz S/A. Relator: Des. Mario dos Santos Paulo. Julgado em 01/06/2010.

Em contrapartida, alguns defendem posição adversa, no sentido de que o livre-arbítrio não estaria presente no início do hábito de fumar, já que o consumo de cigarros é prática iniciada na adolescência, fase humana em que o jovem é influenciado por diversos comportamentos externos, onde busca sua autoafirmação no meio social, encontrando no consumo de cigarros a transgressão de padrões que necessita para se autodeterminar.

Além disso, as pesquisas indicam que, em média, os indivíduos tornam-se fumantes regulares por volta dos 19 (dezenove) anos, fato que corrobora a ideia de que a experimentação do cigarro se deu ainda na fase da adolescência.⁵²

Nessa seara, o argumento do livre-arbítrio no consumo de cigarros estaria estritamente ligado ao poder da publicidade, pois esta tenta convencer os indivíduos de que estão fazendo essa escolha de forma livre. Com esse argumento, iguala-se no mesmo patamar de importância os interesses comerciais da indústria fumageira e os de natureza social, como a saúde, pois que

[...] considerar livre-arbítrio a opção de fumar ou não para um jovem entre 12 e 18 anos, exposto à intensa publicidade do cigarro, é quase tão falacioso quanto considerar livre o consumidor que firma um contrato eivado de cláusulas abusivas porque, afinal de contas, havia a opção de não contratar.⁵³

Dessa forma, os defensores dessa linha de pensamento afirmam que “o ponto central está no fato de que quem começa a fumar é predominantemente o jovem, influenciado em parte pelos atributos conferidos ao cigarro e ao ato de fumar”⁵⁴, e que dessa forma, a alegação de que o início do hábito de fumar e a aquisição do cigarro é fruto do livre-arbítrio do ser humano é fato completamente questionável.

Insta salientar, que na maioria das demandas ajuizadas por consumidores acometidos por doenças decorrentes, a princípio, da utilização do cigarro, esses afirmam que começaram a fumar na adolescência/infância, e que não tinham discernimento para entender os riscos inerentes ao fumo.

Ademais, esclarecem que iniciaram o consumo de cigarros antes da vigência da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, quando ainda

⁵² BARBOSA, Fernanda Nunes; ANDREIS, Mônica. *O argumento da culpa da vítima como excludente da responsabilidade civil da indústria do cigarro: proposta de reflexão*. Revista de Direito do Consumidor, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 82, p. 65, abr.-jun. 2012.

⁵³ ibidem, p. 76.

⁵⁴ ibidem, p. 79.

não existia imposição legal de dever de informar para as indústrias fumageiras sobre os riscos à saúde no consumo de cigarro.

Além desses pontos de vista, alguns entendem que as liberdades devem ser relativizadas, não devendo existir um completo livre-arbítrio, porque o ser humano deve ser protegido de si mesmo. O argumento utilizado possui relação com a criminalização das drogas ilícitas, ao passo que o Estado cria obstáculos ao acesso dessas substâncias, por meio de proibição legal, para proteger os indivíduos das vicissitudes da vida humana, no sentido de impedir o consumo de substâncias extremamente danosas e viciantes, que levam o indivíduo à adquirir dependência química, e assim, prejudicar sua vida e saúde.

E, assim, deveria se proceder com o cigarro, pois sendo um produto que possui substâncias tóxicas e psicoativas que levam à dependência e que causam doenças, também deveria ser afastado, por imposição legal, do mercado de consumo. Assim, diante desse entendimento, não existiria livre-arbítrio, pois seria dever do Estado proteger o indivíduo de si próprio.

3.2.1 Hábito de fumar: vício/dependência

O hábito de fumar, antes entendido apenas como hábito, passou a ser considerado como vício/dependência, pois a Organização Mundial de Saúde e o Ministério da Saúde no Brasil passaram a entender que o cigarro vicia. Esse fato é corroborado por meio da Portaria nº 695, de 04/06/1999, do Ministério da Saúde no Brasil, que instituiu, na época, um novo aviso a ser anexado nos anúncios publicitários e maços de cigarro: “A nicotina é droga e causa dependência”.⁵⁵

Concernente às alegações dos consumidores de cigarros sob a perspectiva de que não possuem domínio sobre a própria vontade quanto ao hábito de fumar, pode-se destacar duas posições sobre a questão da responsabilização civil da indústria fumageira pela dependência adquirida por esses consumidores.

⁵⁵ DOTTI, René Ariel. Cigarro, dependência e responsabilidade civil. In: LOPEZ, Teresa Ancona. *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 452.

Primeiramente, há quem acredite que o hábito de fumar pode ser interrompido, por decisão do fumante, a qualquer momento, sem causar-lhe nenhum problema. Nessa linha de pensamento, sob a perspectiva de que os usuários, por decisão pessoal, deixam o hábito de fumar, afirma o jurista Galeno Lacerda que

Isso significa que o reto exercício da vontade livre pode, em regra, dominar o hábito ou, até, o vício de fumar. O fato, aliás, de que a dependência, se existente, não é invencível, constitui notoriedade evidente. Não há quem não conheça, no âmbito de suas relações, a existência de pessoas que abandonaram de modo definitivo, o uso de cigarros.⁵⁶

O fundamento legal da alegação supramencionada parte do princípio de que a atividade praticada pelas fabricantes de cigarro é lícita, pois está preceituada nos artigos 5º, II e XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição Federal, que asseguram a liberdade de trabalho, ofício e profissão, e o exercício de qualquer atividade econômica.

Com isso, todos os relacionamentos jurídicos e sociais advindos de atividades lícitas, inserindo-se nesse conceito a atividade de fabricação e comercialização de cigarros, está relacionada com o princípio da autonomia da vontade, no sentido de ser o consumidor livre na escolha em começar a fumar, bem como de continuar. Estando, por sua conta e risco, exposto a adquirir dependência à nicotina quando do consumo contínuo do cigarro, já que existe informação acerca do poder viciante das substâncias contidas no mesmo, conforme explícito nas campanhas publicitárias e nas embalagens no produto.

Ainda nesse sentido, afirma Gustavo Tepedino, na sua exposição sobre o livre-arbítrio do consumidor e a dependência ao cigarro, que,

A rigor, a ênfase dada à dependência não logra tampouco afastar a importância do momento de escolha do fumante e a conseqüente excludente de causalidade representada pela culpa exclusiva da vítima. A escolha por um produto notoriamente conhecido como potencialmente lesivo à saúde ocorre antes da deflagração de qualquer efeito relativo à dependência, ainda que tal dependência efetivamente existisse. **E nem mesmo o fumo continuado poderia ser atribuído, com nexó de causalidade, à fabricação do produto, porque, independentemente dos seus componentes, o certo é que a dependência alegada não exclui a participação do livre-arbítrio do consumidor no consumo reiterado,**

⁵⁶ LACERDA, Galeno. Liberdade-Responsabilidade: assunção de risco e a culpa exclusiva do fumante como excludente de responsabilidade do fabricante de cigarros. In: LOPEZ, Teresa Ancona. *Estudos e pereceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 189.

como comprova a simples constatação de que inúmeras pessoas abandonam o hábito de fumar.⁵⁷ (*grifos nossos*)

Mediante esses primeiros argumentos, restou claro que os consumidores de cigarro que adquiriram a dependência à nicotina utilizaram seu livre-arbítrio para continuar a consumir o produto, tendo em vista que a fabricação e comercialização de cigarros é atividade lícita e que o alto grau de dependência que a nicotina pode causar é informada aos consumidores. Assim, estaria excluído o nexo de causalidade entre a atividade da indústria fumageira e o hábito de fumar adquiridos pelos consumidores, mesmo quando já presente o vício à nicotina, em virtude da culpa exclusiva da vítima. E, com isso, se afastaria a responsabilidade civil pelo dano da dependência.

Por outro lado, há quem entenda que não existe livre-arbítrio na continuação do consumo de cigarros quando o vício já se instalou. Primeiramente, importante frisar que a nicotina tem poder de causar dependência tanto quanto outras drogas ilícitas, como a heroína e a cocaína.⁵⁸

Admitindo-se que o início do consumo do cigarro ocorra na adolescência – antes dos 19 anos – e diante do fato de que o cérebro dos adolescentes são extremamente vulneráveis à dependência à nicotina, afirma-se que o vício se estabeleça nas primeiras vezes que se consuma o produto.⁵⁹

Explica-se o consumo precoce do cigarro em virtude da capciosa publicidade difundida pela indústria do fumo, que ainda se faz presente nos tempos atuais, apesar da extensa regulamentação e limitação impostas por lei – assunto que será tratado detalhadamente adiante.

Certo é que alguns fumantes, geralmente os que apresentam um menor grau de dependência ao cigarro, conseguem, por vontade própria e sem o auxílio de nenhum medicamento, parar de fumar. Contudo, a grande maioria dos fumantes necessita de ajuda para abandonar o vício.

⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra os fabricantes de cigarro. In: LOPEZ, Teresa Ancona. *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 230.

⁵⁸ Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/jornal/Jornais2002/Mai_Jun/pag_14.htm>. Acesso em 30/12/2013.

⁵⁹ BARBOSA, op. cit., p. 70.

Por isso, aqui no Brasil, o Sistema Único de Saúde (SUS) oferece atendimento gratuito aos que pretendem parar de fumar, com tratamentos que envolvem desde terapia de grupo, até utilização de medicamentos antidepressivos à base de bupropiona, a depender do grau de dependência apresentado pelo fumante.⁶⁰

Dessa forma, diante dessas informações, alguns estudiosos do assunto entendem que se todos esses pontos fossem analisados, devastada por completo estaria a tese, acolhida pelos Tribunais brasileiros, de que o hábito de fumar, mesmo na presença de vício, está inserido no campo do livre-arbítrio dos indivíduos. E, assim, mediante esses argumentos, estar-se-ia diante de um produto defeituoso.

Diante o exposto, entende-se, também, que o cigarro possui um defeito extrínseco, o denominado defeito de informação. Por isso, não seria correto entender o cigarro como um produto cujo risco é normal e previsível, em decorrência de sua própria natureza e fruição, denominado de risco inerente e preceituado pelo artigo 8º do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), bem como pela fase de vida que os indivíduos iniciam seu consumo.

Assim, será tratado a questão do fato do produto, especificamente o cigarro entendido ou não como produto defeituoso, expondo os diversos pontos de vista sobre a questão.

⁶⁰ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/cidadania/Tabagismo/not03.htm>>. Acesso em: 30/12/2013.

4 FATO DO PRODUTO

Preliminarmente, o cigarro é “um bem oferecido por fornecedores e comprados por consumidores finais, sendo por isso um produto para os fins das leis protetivas destes. São indubitavelmente de consumo as relações entre o fornecedor e o consumidor de cigarros e demais produtos do tabaco”.⁶¹

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 27, previu a prescrição nos casos de reparação por danos causados por fato do produto, fato que deixa claro a opção do legislador em adotar para as relações de consumo o instituto da responsabilidade pelo fato da coisa.

E, como produto é sempre uma coisa, sendo nas relações de consumo, a responsabilidade, em regra, objetiva; será analisada a responsabilização civil da indústria fumageira, neste ponto, com fulcro na responsabilidade objetiva pelo fato do produto.⁶²

Os danos decorrentes do consumo de cigarros, nessa seara, tratar-se-á de fato do produto, pois o dano estará *in re ipsa*, onde os defeitos são inerentes à própria natureza do bem.

O fato do produto é entendido como um “acontecimento externo que causa dano material ou moral ao consumidor, decorrente de um defeito do produto”.⁶³ Em outras palavras, conforme lição do doutrinador Flávio Tartuce:

O fato do produto, sinônimo de defeito, constitui aquele problema que extrapola os limites da coisa, gerando repercussões patrimoniais e extrapatrimoniais, ou seja, além da dimensão da própria coisa. Concluindo: se o problema romper os limites do produto, atingindo o consumidor estaremos diante do defeito.⁶⁴

Além disso, o fato do produto está disposto no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, nos seguintes termos:

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos

⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relações de consumo, prescrição e *diálogo das fontes*. In: LOPEZ, Teresa Ancona. *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 103.

⁶² *ibidem*, p. 122.

⁶³ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 182.

⁶⁴ TARTUCE, op. cit., p. 246.

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.

A grande parte das ações de reparação de danos movidas por consumidores de cigarro em face das indústrias fumageiras tratam de alegações acerca de defeito do cigarro referente ao dever de segurança, bem como por informações insuficientes ou inadequadas acerca da utilização do mesmo.

Em síntese, os consumidores alegam os denominados (i) defeitos de concepção, que possuem relação com a criação, projeto e fórmula do cigarro; e (ii) os defeitos de comercialização, que guardam relação com as informações, publicidade e apresentação do cigarro.⁶⁵

O defeito de comercialização, alegado, versa sobre as insuficientes ou incorretas informações veiculadas pela indústria fumageira acerca das substâncias que compõem o cigarro, bem como sobre os riscos na utilização do mesmo. Mas, nesse momento, tratar-se-á, apenas, dos defeitos de concepção, já que no próximo capítulo os defeitos de comercialização serão analisados juntamente com o tema da publicidade e do dever de informar atinente às fabricantes de cigarro.

Concernente ao defeito de concepção que é alegado pelos consumidores, basicamente, os argumentos giram em torno da composição química do cigarro, que é caracterizada pela presença da nicotina – substância responsável pela dependência causada aos fumantes –⁶⁶ e pelas mais de 5.000 (cinco mil) substâncias tóxicas, bem como por estar o consumo de cigarros associado a uma série de doenças de natureza grave. Por isso, o cigarro apresentaria um defeito de segurança no seu consumo.

Ademais, alegam que o livre-arbítrio do indivíduo em consumir o produto – argumento defendido pela indústria fumageira e acolhido pelos Tribunais – não restaria configurado, pois o consumo de cigarros compreenderia um comportamento involuntário do fumante, já que a sua vontade estaria em plano secundário, eis que prejudicada pela indução ao vício que a nicotina provoca.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 182.

⁶⁶ Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=atento&link=derivados.htm>>. Acesso em: 02/01/2014.

Além disso, defendem que os defeitos supramencionados repercutiriam em todos os produtos fabricados com base no tabaco, entendidos aqueles que possuem a nicotina em suas fórmulas, que por sua vez está contida nas folhas de tabaco. No entanto, conforme será demonstrado, o argumento de ser o cigarro um produto defeituoso em sua concepção é facilmente rechaçado pela doutrina e pela jurisprudência.

Pode-se entender por produto defeituoso “aquele que não presta a segurança legitimamente esperada, ou com a qual se poderia contar”.⁶⁷ Em outras palavras,

diz-se defeituoso o produto capaz de gerar dano ao consumidor derivado de acidente atribuído ao seu desempenho. Configura-se, portanto, quando há ruptura da legítima expectativa do consumidor acerca da segurança que o produto deveria, ordinariamente, oferecer.⁶⁸

Os defeitos quando reverberam de modo externo e ferem a segurança físico-psíquica do consumidor e/ou seus bens, concretizam os denominados acidentes de consumo. Assim, a concepção de ausência de segurança embutida no conceito de produto defeituoso deve atender a dois importantes requisitos: (i) desconformidade com uma expectativa legítima do consumidor; e (ii) potencial para causar acidente de consumo.

Nesse sentido, tendo em vista que não existe um produto completamente seguro, e que todos preservam um resquício de insegurança, o qual não será relevante para o Direito; conclui-se que a essência da segurança pode ser relativizada. E, é nessa esfera que se insere os denominados produtos de risco inerente ou de periculosidade latente.

A periculosidade atinente ao produto não designa, por si só, defeito, pois o ordenamento jurídico brasileiro não determina que o produto proporcione segurança absoluta, apenas a que se pode legitimamente esperar. Nesse contexto está o cigarro, que se insere na esfera dos produtos perigosos em si, assim como outros produtos, como a bebida alcoólica, o açúcar, o sal, a arma de fogo etc. Esses bens de consumo,

⁶⁷ SILVA, João Calvão da. *A Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Livraria Almeida, 1990, p. 570.

⁶⁸ TEPEDINO, op. cit., 2009. p. 196.

por conseguinte, devem ser utilizados com parcimônia, em virtude de sua periculosidade latente, e não de defeito.⁶⁹

Assim, por entendimento majoritário da doutrina, entende-se que o cigarro é um produto inerentemente perigoso, fato que não origina a responsabilidade civil. Corrobora-se esse argumento mediante o discurso de que se fosse considerar o cigarro como produto defeituoso por apresentar riscos à saúde, e, assim, devendo retirá-los do mercado, o mesmo deveria ser feito com todos os outros produtos claramente perigosos, como a arma de fogo e a faca, por exemplo.⁷⁰

Esse ponto de vista encontra guarida legal no artigo 8º do Código de Defesa do Consumidor, segundo a previsão de que alguns produtos podem acarretar danos à saúde, desde que estejam ligados a uma periculosidade normal/aceitável e previsível conforme sua natureza e função, in verbis:

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

Em suma, entende-se que para se conceituar um produto como inerentemente perigoso – e não defeituoso – presentes devem estar duas características que guardando relação com as expectativas legítimas dos consumidores caracterizam o produto como tal, quais sejam: (i) a normalidade; e (ii) a previsibilidade.⁷¹

Conforme amplamente sabido, o cigarro é um produto que está disponível no mercado de consumo desde o início do século XX; contudo, foi em meados desse mesmo século que seu consumo foi ampliado, alcançando dados imensuráveis, em virtude da publicidade empregada pela indústria fumageira.⁷² Com base nisso, constata-se que o cigarro vem sendo comercializado a mais de um século.

⁶⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Ações de indenização fundadas no uso do tabaco. Responsabilidade civil pelo fato do produto: julgamento antecipado da lide. Ônus da prova e cerceamento de defesa. Responsabilidade civil e seus critérios de imputação. Autonomia privada e dever de informar. Autonomia privada e risco social. Situações de agravamento voluntário do risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona. *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 403.

⁷⁰ *ibidem*.

⁷¹ *ibidem*, p. 404.

⁷² PEDREIRA, op. cit., p. 5.

Muito embora os riscos advindos do consumo de produtos derivados do tabaco fossem pesquisados e anunciados desde o século XIX, foi no ano de 1964, por meio de um relatório produzido pelo Ministério da Saúde dos EUA, que foram apresentados oficialmente todos os estudos realizados até então sobre os riscos causados à saúde pelo tabaco, e mais especificamente, naquela época, pelo cigarro.⁷³

Certo é que a sociedade, de forma geral, conhece os riscos à saúde inerentes ao consumo de cigarros, não só em virtude dos estudos médicos divulgados a mais de meio século, mas também pela ampla divulgação dessas informações nos meios de comunicação e na própria publicidade do produto.

Dessa forma, se o risco do cigarro é socialmente permitido, aceito e esperado, o produto não pode ser considerado defeituoso, já que o próprio Código de Defesa do Consumidor não preceituou a utopia de produtos sem riscos ao consumidor. Contrariamente, os riscos à saúde e à segurança dos consumidores são aceitáveis, desde que normais e previsíveis, conforme se depreende do parágrafo 1º, do artigo 12, da legislação supramencionada, a saber:

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

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

Em síntese, de acordo com o parecer de Nelson Nery Junior,

A segurança do produto está mais que comprovada pela circulação faz anos e pela inexistência de uma decisão que retire o produto do mercado completamente, por em si ser danoso. Imputação de responsabilidade por uso excessivo ou equivocado é desequilíbrio de imputação patrimonial.⁷⁴

Nessa seara, a responsabilidade objetiva por defeito do cigarro apenas poderia ser verificada caso se constatasse algum defeito de fabricação do mesmo (defeito de produção), fato esse que não é tratado nas demandas sobre a responsabilização das indústrias fumageiras pelas doenças causadas pelo consumo desse produto, por não guardar relação com o tema.

⁷³ CARVALHO. M. C. O cigarro. São Paulo: Publifolha. 2001, p. 44.

⁷⁴ NERY JUNIOR, op. cit., p. 414.

Assim, na ausência de defeito, não há que se falar em indenização; pois, a responsabilidade objetiva das indústrias fumageiras apenas se configuraria, nesse ponto, por defeito do produto, caso fosse acertado que o cigarro oferece um risco não aceitável e não previsível. Assim, posteriormente aferido o nexo de causalidade entre o dano (doença) e o consumo do produto, estaria se completando os requisitos para a responsabilização na referida relação consumerista, em hipótese.

O entendimento majoritário dos Tribunais brasileiros rechaça completamente o argumento utilizado pelos consumidores de que o cigarro é um produto defeituoso em si, assim colaciona-se trechos de diversos julgados, a fim de corroborar o exposto.

RESPONSABILIDADE CIVIL. TABAGISMO. AÇÃO REPARATÓRIA AJUIZADA POR FAMILIARES DE FUMANTE FALECIDO. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. PRODUTO DE PERICULOSIDADE INERENTE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DEVER JURÍDICO RELATIVO À INFORMAÇÃO. NEXO CAUSAL INDEMONSTRADO. TEORIA DO DANO DIREITO E IMEDIATO (INTERRUPÇÃO DO NEXO CAUSAL). IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL.

[...]

3. O cigarro é um produto de periculosidade inerente e não um produto defeituoso, nos termos do que preceitua o Código de Defesa do Consumidor, pois o defeito a que alude o Diploma consubstancia-se em falha que se desvia da normalidade, capaz de gerar uma frustração no consumidor ao não experimentar a segurança que ordinariamente se espera do produto ou serviço.

[...]

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

[...]

11. As estatísticas - muito embora de reconhecida robustez - não podem dar lastro à responsabilidade civil em casos concretos de mortes associadas ao tabagismo, sem que se investigue, episodicamente, o preenchimento dos requisitos legais.

12. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido.⁷⁵ (*grifos nossos*)

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. **RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FORNECEDORES DE CIGARROS.** ALEGAÇÃO MORTE DO MARIDO DA AUTORA EM DECORRÊNCIA DO FUMO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. NÃO SE DEVE FALAR EM AUSÊNCIA DO DEVER DE INFORMAÇÃO E VIOLAÇÃO AOS ARTS. 6º E

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.113.804. Souza Cruz S/A e Sônia Maria Hoffmann Mattiazzi e outros. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 27/04/2010.

31 DO CDC, TENDO EM VISTA QUE DESDE O ANO 25.07.1996, OS FORNECEDORES DO CIGARRO, EM VIRTUDE DA LEI Nº 9.294, SÃO OBRIGADOS PELO SEU ART.3º, DE ADVERTIR EM SUAS PROPAGANDAS SOBRE OS RISCOS DO FUMO. POR SUA VEZ, **NÃO HÁ O DE DEFEITO DO PRODUTO PREVISTO NO ART.12 DO CDC. O PARÁGRAFO 1º DESSE ARTIGO OBRIGA, NA ANÁLISE DO DEFEITO, QUE SE LEVE EM CONTA OS RISCOS QUE RAZOAVELMENTE DELE SE ESPERAM. SE O RISCO DO CIGARRO É SOCIALMENTE PERMITIDO, ACEITO E ESPERADO, O PRODUTO NÃO É DEFEITUOSO. CONCLUI-SE QUE NÃO HÁ COMO ADMITIR A RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE DE CIGARROS NO CASO CONCRETO,** POIS UMA VEZ INFORMADO DESDE 1996 SOBRE OS RISCOS À SAÚDE EM RAZÃO DO FUMO, O FALECIDO CONTINUOU A FUMAR, VINDO A FALECER EM 2008. OU SEJA, HOUE SIM LIVRE ARBITRIO. NEGA-SE SEGUIMENTO AO RECURSO.⁷⁶ (*grifos nossos*)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANOS MORAIS - INDENIZAÇÃO POR MORTE - TABAGISMO - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - PRELIMINAR - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - DESNECESSIDADE DA PRODUÇÃO DE PROVAS TESTEMUNHAL E PERICIAL INDIRETA - NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADA - DEVER DE VELAR PELA RÁPIDA SOLUÇÃO DO LITÍGIO - ARTIGO 125, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - ATO ILÍCITO COMO FATO GERADOR DA RESPONSABILIDADE AQUILIANA - FABRICAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE CIGARROS - ATIVIDADE LÍCITA - PRODUTO POTENCIALMENTE NOCIVO À SAÚDE DO CONSUMIDOR - COMERCIALIZAÇÃO ACOMPANHADA DE INFORMAÇÕES OSTENSIVAS E ADEQUADAS A RESPEITO DE SUA NOCIDIDADE - ARTIGO 9º DA LEI N. 8.078/1990 - **PERICULOSIDADE INERENTE AO CIGARRO - NÃO CARACTERIZAÇÃO DE DEFEITO DO PRODUTO** - TEORIA DOS RISCOS DE DESENVOLVIMENTO - PUFFING (EXAGERO PUBLICITÁRIO) - PROPAGANDA ENGANOSA NÃO CARACTERIZADA - INEXISTÊNCIA DE TRANSGRESSÃO DE DEVER DE CONDUTA POR PARTE DA FABRICANTE DE CIGARROS - ATO ILÍCITO NÃO CARACTERIZADO - MULTIPLICIDADE DE FATORES QUE LEVAM AO HÁBITO DE FUMAR - DE CUJUS QUE FOI ORIENTADO POR PROFISSIONAIS A PARAR DE FUMAR - VONTADE PRÓPRIA - RECURSO IMPROVIDO. Antes da edição da Portaria n. 490, de 25 de agosto de 1988, do Ministério da Saúde - que impôs aos fabricantes o dever de inserir nos maços de cigarros a advertência por todos conhecida: "O Ministério da Saúde adverte: fumar é prejudicial à saúde" -, não havia norma legal que impusesse aos fabricantes de produtos fumíferos a obrigação de veicular cláusula de advertência sobre os riscos decorrentes do consumo de cigarros. Desse modo, antes da edição da aludida portaria, a falta de alerta a respeito desses riscos não constituía infringência de nenhum dever legal, já que não havia norma que assim impusesse. **A responsabilização da apelada com fulcro no Código de Defesa do Consumidor não se faz possível também porque não se evidencia defeito do produto (nem mesmo por falta de informação) ou a veiculação de publicidade enganosa (comissiva ou omissiva). A periculosidade do cigarro é aquele que legitimamente se espera e a respeito da qual o consumidor é ostensivamente alertado. É a chamada**

⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0006370-81.2008.8.19.0075. Moema Francisca dos Santos Pacheco e Souza Cruz S/A. Relatora: Des. Helena Candida Lisboa Gaede. Julgado em 12/02/2010.

periculosidade inerente, que é indissociável do produto e que não se confunde com a periculosidade adquirida. [...] ⁷⁷ (grifos nossos)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - **DEMANDA PROPOSTA POR FUMANTE CONTRA EMPRESA FABRICANTE DE CIGARROS - ALEGAÇÃO DE PROBLEMAS DE SAÚDE DECORRENTES DO USO EXCESSIVO DE CIGARRO - IMPROCEDÊNCIA - PRODUTO DE PERICULOSIDADE INERENTE - USO VOLUNTÁRIO E CONSCIENTE DO TABACO** - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL - LICITUDE DA COMERCIALIZAÇÃO DO CIGARRO - INDENIZAÇÃO INDEVIDA - DESPROVIMENTO DO RECURSO.⁷⁸ (grifos nossos)

Conforme já mencionado, também é argumentado pelos consumidores, nas ações de reparação, o defeito de comercialização, que segundo os demandantes se origina quando da prestação de informação insuficiente ou inadequada sobre o uso e risco no consumo do cigarro, alegando que a informação é inadequada sobre o risco que o cigarro produz.⁷⁹

Dessa forma, analisar-se-á os temas da publicidade e do dever de informar, relacionando-os com o defeito de comercialização supracitado.

⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2005.024757-9. Norma Medeiros de Carvalho, Cristiane Medeiros de Carvalho e Anderson Medeiros de Carvalho e Souza Cruz S/A. Relatora: Des. Jaime Luiz Vicari. Julgamento em 13/10/2009.

⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº Apelação Cível nº 928798-1. Lindamir Regina Alves e Souza Cruz S/A. Relator: Des. Francisco Luiz Macedo Júnior. Julgado em 22/11/2012.

⁷⁹ NERY JUNIOR, op. cit., p. 402.

5 PUBLICIDADE E DEVER DE INFORMAR

Primeiramente, objetivando um melhor entendimento sobre o tema tratado nesse capítulo, necessita-se diferenciar a noção dos termos propaganda e publicidade. A principal diferença entre esses está nos objetivos que se quer alcançar na dissipação de alguma informação.

A publicidade compreende objetivos comerciais e lucrativos, direcionados à disseminação de um produto específico, e sempre possui um patrocinador. Por sua vez, a propaganda objetiva difundir aspectos ideológicos, religiosos, filosóficos, políticos, econômicos ou sociais, não existindo em seu objetivo, quase sempre, a ideia de benefício econômico.

Essa diferenciação é muito relevante para a análise do presente tema, pois o Código de Defesa do Consumidor não trata da propaganda, e sim, da publicidade de produtos e serviços.

Para analisar os temas da publicidade, do dever de informar e do defeito de comercialização relativos à fabricação e comercialização do cigarro, no que se refere ao direito consumerista, alguns pontos elementares serão abordados, tais como: (i) a relação entre a publicidade e a manipulação da vontade; (ii) a legitimidade e a restrição da publicidade do cigarro fundada na Constituição Federal; (iii) o dever de informar e o defeito de comercialização à luz da boa-fé objetiva; e (iv) a configuração ou não da publicidade abusiva e/ou enganosa.

A publicidade e sua estreita relação com a manipulação da vontade humana, de pronto, deve ser avaliada sob o prisma do princípio da liberdade, que está prescrito, na Lei Maior de 1988, como um dos fundamentos mais importantes do Estado Brasileiro.

A Constituição de 1988 instituiu a preocupação com a efetividade das liberdades, e por isso, preceituou as condições materiais indispensáveis ao seu exercício, os quais podem ser comprovados pela grandiosa previsão de direitos sociais e de princípios norteadores da ordem econômica e social.

Ademais, as liberdades existenciais, como as liberdades de comunicação e expressão, de religião, de associação e de profissão, e a privacidade, possuem uma

maior proteção, pois, sob a ótica da Constituição, são direitos indispensáveis para a dignidade da vida humana.

Nessa seara, insere-se a argumentação do livre-arbítrio do indivíduo frente a publicidade levada a cabo pela indústria do fumo, onde motivado pela sua vontade livre e própria, mesmo diante dos riscos e malefícios que estão associados ao uso do cigarro, o consome.

Entendem a maioria dos juristas que o respeito à liberdade de escolha do consumidor, sob o aspecto da autodeterminação que possui cada indivíduo em decidir o que é melhor para si, é garantir ao indivíduo “o direito de sopesar os prós e contras de um produto que, posto traga risco à saúde, traz também prazer e satisfação”.⁸⁰ Nesse passo, segue o ilustríssimo ensinamento do Ministro Luís Roberto Barroso:

Nos últimos anos, firmou-se o conhecimento convencional no sentido de que o tabaco é, fora de dúvida, fator de risco para inúmeras doenças. Tal fato deu impulso a um amplo movimento antitabagista, que ultrapassa fronteiras e se tornou tão ou mais poderoso que a indústria de cigarro, reunindo organizações internacionais, governos, entidades médicas e setores articulados da sociedade civil.

Há, porém, consenso de que o cigarro deve ser mantido como produto lícito, por um conjunto de razões econômicas, políticas e jurídicas. [...]

A vida social envolve uma vasta gama de opções por parte dos indivíduos, levando em conta elementos diversos como segurança, riscos, prazer, emoções. Tais decisões se manifestam na escolha da profissão, do esporte a ser praticado, dos meios de transporte utilizados, dos hábitos alimentares e no consumo de produtos em geral.⁸¹

Portanto, para os que acreditam no absoluto livre-arbítrio, a publicidade não influenciaria na escolha dos indivíduos em fumar ou não. Pois, serviria apenas para direcionar o consumidor a fazer uso de uma determinada marca de cigarros, na tentativa de manter os consumidores, que já são clientes, fiéis a mesma marca, bem como de tentar estimular consumidores de outras marcas a consumir uma determinada outra.

Concernente a esse ponto de vista, a publicidade do cigarro não comprometeria o livre-arbítrio dos indivíduos e, conseqüentemente, não possui o condão de manipular a vontade de forma determinante a ponto de aniquilar a vontade

⁸⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Liberdade individual, acrasia e proteção à saúde. In: LOPEZ, Teresa Ancona. *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 344.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão direito à informação e banimento da publicidade de cigarro*. Revista de Direito Administrativo, nº 224. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. de 2001, pp.32-33.

livre e própria do ser humano. Dessa forma, não se poderia atribuir à publicidade a culpa em fumar, restando configurada a culpa exclusiva da vítima, nesse ponto.

Contrário a esses argumentos, uma parcela dos estudiosos do assunto entendem que a publicidade perpetrada pela indústria fumageira pode determinar o consumo de cigarros ao ponto de manipular a vontade dos indivíduos, mediante capciosas campanhas de publicidade, principalmente as veiculadas antes da Constituição de 1988, que foram as responsáveis por construir a legião de fumantes existentes na atualidade. Ademias, também acreditam que atualmente, mesmo diante das restrições impostas por lei, a publicidade do fumo angarie muitos consumidores através de suas campanhas.

Sabe-se que, em épocas anteriores ao advento da Carta Constitucional de 1988, quando não existiam restrições à publicidade de produtos derivados do tabaco, as campanhas publicitárias da indústria fumageira abusavam no uso da fantasia para atingir seu público alvo. Assim aconteceu, com as conhecidas campanhas publicitárias do cigarro “Marlboro”, por exemplo.

Pode-se citar alguns tipos de campanhas das marcas de cigarro “Marlboro” e “Hollywood”, bem como de marcas de outros produtos, que usavam ou atribuíam ao cigarro fatos e temas totalmente estranhos à realidade do consumo desse produto, como por exemplo, a ascensão profissional e social, status, juventude, natureza, saúde, sensualidade etc.

Na década de 50, foram utilizados como ilustrações para as campanhas da marca “Marlboro”, imagens de Papai Noel fumando cigarro, de crianças e até mesmo de médicos fumantes. De certo que, nos tempos atuais, essas campanhas seriam extremamente inadequadas e ilegais, especialmente por associar ao consumo de cigarros uma figura presente no imaginário das crianças, como é o caso do “bom velhinho”.^{82 83}

Outra campanha importante da marca “Marlboro” foi a baseada no estilo de vida *country*, apresentada com o *slogan*, “*Come to where the flavor is. Come to Marlboro Country*”, que significa “Venha para onde está o sabor. Venha para o mundo

⁸² Disponível em: <<http://www.propagandashistoricas.com.br/2013/10/marlboro-papai-noel-fumante-anos-50.html>>. Acesso em: 03.01.2014.

⁸³ Disponível em: <<http://www.propagandashistoricas.com.br/2013/01/propaganda-de-cigarros-com-criancas.html>>. Acesso em 03.01.2012.

de Marlboro”. Um dos protagonistas mais famosos dessa campanha, foi o ator Wayne McLaren, que interpretava um cowboy que fumava cigarros da marca “Marlboro” enquanto cavalgava. Com isso, os garotos-propaganda dessa marca ficaram conhecidos nos Estados Unidos como “*Marlboro Man*”.

Essa campanha, que se estendeu da década de 60 a 90, objetivava atribuir ao hábito de fumar uma esfera de virilidade, masculinidade, aventura e beleza. Pois, quando da estreia dessa campanha, no ano de 1964, os cigarros com filtro eram considerados produtos para consumo feminino.

A marca “Hollywood”, por sua vez, também apresentava seus produtos por meios de anúncios relacionados à juventude, esporte, natureza, adrenalina e sensualidade. As suas campanhas de publicidade, veiculadas principalmente nas décadas de 70 a 90, associaram o hábito de fumar, mais fortemente, aos esportes, principalmente os ligados à natureza, como o *surf*.⁸⁴ E, assim, tentavam transmitir, estrategicamente, uma aura jovial ao consumo de cigarros.

Outros exemplos, agora não mais da indústria do fumo, são as campanhas publicitárias das canetinhas hidrográficas da marca “Sylvapen”, de 1971, e dos chocolates em formato de cigarrinhos, da marca “Pan”.

O comercial da “Sylvapen” utilizava a imagem de um menino brincando de fumar com a canetinha, bem como possuía um *slogan* nos seguintes dizeres: “Cabe no bolso da camisa, porque é do tamanho de um maço de cigarros”.⁸⁵ Já os chocolates “Pan”, para estampar suas embalagens, utilizavam a imagem de crianças com cigarrinhos de chocolate na mão fazendo gestos que aludiam ao ato de fumar.⁸⁶

Diante o exposto, percebe-se que o cigarro também foi promovido e divulgado de forma contundente entre os jovens – aqui compreendidos também as crianças e adolescentes –, com o intuito de disseminar o hábito de fumar na sociedade mundial. E, para isso, utilizou e ainda utiliza das mais variadas formas de divulgação e

⁸⁴ Disponível em: <<http://www.propagandashistoricas.com.br/2013/11/cigarros-hollywood-o-sucesso-surf-anos.html>>. Acesso em: 04/01/2014.

⁸⁵ Disponível em: <http://www.propagandashistoricas.com.br/2013/04/canetinhas-sylvapen-1971.html>>. Acesso em: 04/01/2014.

⁸⁶ Disponível em: <<http://www.propagandashistoricas.com.br/2013/10/cigarrinhos-de-chocolate-pan.html>>. Acesso em: 04/01/2014.

publicidade. Pois, "a estratégia era fazer do cigarro um elemento essencial do cotidiano: do trabalho, dos jogos, da amizade, das férias e, especialmente, do amor".⁸⁷

Conforme já mencionado na presente exposição, o hábito de fumar é iniciado, na maioria dos casos, antes dos 19 anos de idade, e por isso, a publicidade é fortemente dirigida às crianças e adolescentes, que por sua vez, se apresentam como indivíduos mais vulneráveis, por possuírem um menor discernimento sobre os riscos do consumo de cigarros.

Nesse sentido, crianças e adolescentes são mais vulneráveis à influência da publicidade em suas decisões, já que a capacidade de discernir e esquivar-se de situações de perigo ainda está em construção, permanecendo, assim, mais suscetíveis à manipulação de opiniões, e por isso, devendo serem protegidas.

Acerca dos elementos inseridos com o intuito de promover o cigarro, entende-se que

dentre as diversas variantes que ocasionam a adesão do jovem ao fumo, é indiscutível o papel central da indústria na promoção do produto, com **estratégias como a inserção de sabores e aromatizantes ao cigarro para torná-lo mais palatável e atraente, a publicidade dirigida aos jovens – com a participação de promotores em festas e espetáculos dirigidos a esse público –, bem como a constante implementação de novos e bem localizados pontos de venda, com o uso de *displays* atraentes e próximos a bombonieres** onde aqueles interessados por balas, chicletes e doces em geral também poderão dividir sua atenção com bem desenhadas, coloridas e atraentes carteiras de cigarro.⁸⁸ (*grifos nossos*)

O jovem é visto como consumidor-padrão, por isso a indústria fumageira busca, através da publicidade e de outros elementos inseridos no cigarro, captar esse público, pois "se as empresas tabagistas realmente eliminassem o *marketing* para crianças, estariam fora do mercado em 25 ou 30 anos, porque não teriam consumidores suficientes para manter seus negócios"⁸⁹, levando-se em consideração que o tabagismo é considerado uma das causas de morte mais relevantes.

Portanto, a partir do ponto de vista exposto, não há que se falar em autonomia da vontade e livre-arbítrio quando tratar-se da influência da publicidade no início do hábito de fumar, principalmente do indivíduo na fase infanto-juvenil. Assim, a indústria

⁸⁷ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/equilibrio/noticias/ult263u638407.shtml>>. Acesso em: 04/01/2014.

⁸⁸ BARBOSA, op. cit., p. 74.

⁸⁹ Documentos internos Vector Holdings Group. *LeBow* WD 63:16-64:1 apud BARBOSA, op. cit., p. 75.

do fumo, por meio de suas campanhas publicitárias, estaria manipulando a vontade das pessoas, e admitir isso, seria

colocar em um mesmo plano os interesses patrimoniais (da indústria) e os de natureza existencial, a saber, o direito à saúde (da “vítima culpada”), cujo conteúdo, conforme Perlingieri, abrange tanto a integridade física quanto aquela psíquica, podendo ser relacionada ao são e livre desenvolvimento da pessoas.⁹⁰

Acerca da legitimidade e da restrição da publicidade do cigarro com fulcro na Constituição Federal, a orientação, de fato, é fundada na liberdade de escolha dos consumidores. E, sobre o tabaco dispôs a vigente Constituição, quando em seu texto previu a comercialização e a publicidade dos produtos decorrentes do mesmo, no § 4º, do artigo 220, a saber:

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

[...]

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

Como observado no preceito legal supramencionado, a vontade do constituinte foi a de permitir a continuação da venda dos produtos derivados do tabaco; mas, com intuito de desestimular o consumo, previu restrições e advertências à publicidade dos mesmos.

Assim, a Constituição de 1988 ordenou ao legislador ordinário o dever de criar normas para propagar o desestímulo ao consumo do tabaco, que também seria posto em prática por meio de campanhas governamentais destinadas a educar, informar e desestimular o consumo desses produtos sob o argumento dos malefícios que eles trazem à saúde.

A primeira advertência sobre os riscos do uso do cigarro foi implementada pela Portaria nº 490, de 25/08/1988, do Ministério da Saúde, que determinou a

⁹⁰ BARBOSA, op. cit., p. 77.

introdução da seguinte frase nas embalagens do produto: “O Ministério da Saúde adverte: fumar é prejudicial à saúde”.⁹¹

Antes da edição das leis ordinárias sobre o fumo, existiam somente advertências acerca do consumo, levadas a efeito por meio de portarias ministeriais. Mas com o advento das Leis Ordinárias nº 9.294 de 1996, 10.167 de 2000 e 12.546 de 2011 e da Medida Provisória nº 2.190 de 2001 – essas últimas alteraram algumas disposições da primeira –, as advertências e restrições ao uso e à publicidade dos produtos derivados do tabaco foram devidamente regulamentadas, conforme ordenou o dispositivo constitucional já citado.

A Lei 9.294/96, com as alterações introduzidas pelas leis supracitadas, impôs às indústrias fumageiras o dever de inserir mensagens de advertências sobre riscos no consumo de seus produtos, bem como restringiu a publicidade dos mesmos. Além disso, uma das alterações trazidas pela Lei 12.546 de 2011 proibiu o uso de produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco, em espaços coletivos fechados, privados ou públicos.

Para demonstrar as imposições feitas pela Lei 9294/96, colaciona-se, a seguir, alguns dispositivos dessa lei que tratam da publicidade e restrição do uso desses produtos.

[...]

Art. 2º É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo fechado, privado ou público.

§ 1º Incluem-se nas disposições deste artigo as repartições públicas, os hospitais e postos de saúde, as salas de aula, as bibliotecas, os recintos de trabalho coletivo e as salas de teatro e cinema.

§ 2º É vedado o uso dos produtos mencionados no caput nas aeronaves e veículos de transporte coletivo.

§ 3º Considera-se recinto coletivo o local fechado, de acesso público, destinado a permanente utilização simultânea por várias pessoas.

Art. 3º É vedada, em todo o território nacional, a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, com exceção apenas da exposição dos referidos produtos nos locais de vendas, desde que acompanhada das cláusulas de advertência a que se referem os §§ 2º, 3º e 4º deste artigo [...].

§ 1º A propaganda comercial dos produtos referidos neste artigo deverá ajustar-se aos seguintes princípios:

I - não sugerir o consumo exagerado ou irresponsável, nem a indução ao bem-estar ou saúde, ou fazer associação a celebrações cívicas ou religiosas;

⁹¹ MORAES, op. cit., p. 480.

II - não induzir as pessoas ao consumo, atribuindo aos produtos propriedades calmantes ou estimulantes, que reduzam a fadiga ou a tensão, ou qualquer efeito similar;

III - não associar ideias ou imagens de maior êxito na sexualidade das pessoas, insinuando o aumento de virilidade ou feminilidade de pessoas fumantes;

IV – não associar o uso do produto à prática de atividades esportivas, olímpicas ou não, nem sugerir ou induzir seu consumo em locais ou situações perigosas, abusivas ou ilegais;

V - não empregar imperativos que induzam diretamente ao consumo;

VI – não incluir a participação de crianças ou adolescentes.

§ 2º A propaganda conterá, nos meios de comunicação e em função de suas características, advertência, sempre que possível falada e escrita, sobre os malefícios do fumo, [...] segundo frases estabelecidas pelo Ministério da Saúde, usadas sequencialmente, de forma simultânea ou rotativa.

[...]

Art. 6º É vedada a utilização de trajes esportivos, relativamente a esportes olímpicos, para veicular a propaganda dos produtos de que trata esta Lei.

[...]

Como se pôde observar, a legislação que trata do fumo é vasta e clara no intuito de desestimular o uso do cigarro, até por prever ampla restrição à publicidade. Dessa forma, entende-se que a publicidade perpetrada pela indústria do fumo dentro dos padrões legais é legítima e coaduna com os ditames constitucionais.

Outra questão que é muito suscitada no âmbito da publicidade do fumo é o dever de informar das indústrias fumageiras sobre os riscos inerentes ao consumo de cigarros, em virtude da boa-fé objetiva que deve estar presente nas relações de consumo.

O dever de informar está previsto no Código de Defesa do Consumidor, no § 3º do artigo 6º, nos seguintes termos: “São direitos básicos do consumidor: [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, [...] bem como sobre os riscos que apresenta.” Assim, o dever de informação pode ser de duas ordens:

(a) dever de, nas tratativas e no contrato de compra e venda da mercadoria, fornecer todas as informações relacionadas com o preço, objeto do contrato, uso, perigosidade (princípio da transparência); (b) dever de, na publicidade, não incluir dado falso capaz de induzir a erro o consumidor, nem omitir dado

especial, que, se conhecido, afastaria o consumidor do produto (princípio da veracidade).⁹²

Acerca do supramencionado item “(a)”, no período anterior à vigência do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição de 1988, não existia previsão legal acerca do dever de informar sobre os riscos derivados do tabagismo pela indústria fumageira.

Mas, alguns consumidores – que iniciaram o consumo antes da vigência desses diplomas legais – pleiteiam indenizações na justiça sobre o argumento de que não foram informados, no início do consumo, de maneira adequada, clara e ostensiva a respeito da nocividade do cigarro, bem como das especificações corretas, quanto à quantidade, características, composição etc.

Pelo ao contrário, afirmam que foram seduzidos por falsas fantasias de juventude e bem-estar trazidas pelas campanhas publicitárias de cigarros da época. E, que após tomarem conhecimento dos riscos, já tinham adquirido dependência à nicotina, não conseguindo mais deixar o hábito de fumar.

Por meio desses argumentos, os consumidores alegam violação ao dever de informar sob o aspecto da falta da boa-fé objetiva, ao passo que foram enganados. Contudo, o posicionamento majoritário da doutrina e jurisprudência entende que diante da introdução do dever de informar, apenas, com os adventos do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição de 1988, antes da vigência desses diplomas legais, “não existia dever legal ou derivado da boa-fé que atribísse ao fabricante, àquele tempo, o dever de informar o adquirente do cigarro sobre os possíveis males do seu uso”.⁹³

Assim, a indústria fumageira não pode ser responsabilizada por não ter divulgado esse tipo de informação naquela época, pois sem o dever não haverá a sua violação, e sem a violação de dever jurídico, não há que se falar em responsabilidade, ou dever de reparar danos.

⁹² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Os pressupostos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e as ações de indenização por danos associados ao consumo de cigarros. In: LOPEZ, Teresa Ancona. *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 473-474.

⁹³ *ibidem*, p. 485.

Nessa seara, insere-se o defeito de comercialização, que a doutrina entende ser aqueles relativos às informações, publicidade, apresentação e forma de colocação do produto no mercado de consumo. Pode-se citar, como exemplo, as informações errôneas ou insuficientes sobre o uso e a nocividade do produto, ou até mesmo a forma de evitá-la.

O defeito de comercialização está previsto no Código de Defesa do Consumidor, no artigo 12, em seu caput e inciso I do § 1º, nos seguintes termos:

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

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

I - sua apresentação.

Conforme já exposto, sabe-se que a comercialização dos produtos derivados do tabaco é, em todos os pontos, regulamentada por lei, inclusive a publicidade e apresentação do produto no mercado.

Assim, a alegação de defeito de comercialização, baseada no argumento de informação insuficiente ou incorreta acerca dos males acarretados pelo consumo de cigarros, é unanimemente rechaçada pela doutrina e jurisprudência, no sentido de verificar-se que as fabricantes de cigarro cumprem rigorosamente a legislação da matéria.

Superadas essas questões, passa-se a análise da publicidade enganosa e/ou abusiva no que tange a relação de consumo de cigarros. Concernente ao item “(b)”, mencionado, anteriormente, como a segunda ordem do dever de informar, estão inseridas as alegações, por parte dos usuários de cigarro, de que a publicidade perpetrada pela indústria do fumo é enganosa e/ou abusiva, e que feriria a boa-fé objetiva das relações de consumo.

As publicidades enganosas e abusivas foram proibidas pelo Código de Defesa do Consumidor e estão preceituadas em seus artigos 36, 37 e 38. Como conceito

dessas práticas, pode-se usar o contido nos §§ 1º, 2º e 3º, do artigo 37, que traz, de forma clara, o seguinte ensinamento:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Assim, a publicidade enganosa é aquela que “induz o consumidor em erro sobre dado essencial do produto ou serviço”⁹⁴; e a publicidade abusiva é aquela que desacata alguns dos valores constitucionalmente protegidos como “o bem-estar, a segurança e o meio ambiente”.⁹⁵ Em outras palavras, de acordo com os ensinamentos do professor Ruy Rosado de Aguiar Júnior

A publicidade [...] pode ser *enganosa*: (i) por comissão, quando há a inserção de dado falso veiculado como verdadeiro, capaz de induzir em erro o consumidor; (ii) por omissão, pela falta de dado essencial, capaz de determinar a escolha do consumidor. A publicidade será *abusiva* quando, entre outras hipóteses que não nos interessam, induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde.⁹⁶

A proibição da publicidade enganosa visa assegurar a transparência e a veracidade dos anúncios, no sentido de prevenir a ocorrência de dano patrimonial. Já a vedação à publicidade abusiva objetiva afastar da sociedade o anúncio que ofenda valores entendidos como fundamentais, pois aqui o aspecto cultural é mais importante, preocupa-se mais com o impacto moral da mensagem.⁹⁷

Assim, a publicidade do cigarro poderia ser classificada como enganosa caso veiculasse informações que indicassem elementos incorretos acerca da origem, características, qualidade e quantidade do produto, bem como aquelas que deixassem

⁹⁴ MORAES, op. cit., p. 346.

⁹⁵ *ibidem*.

⁹⁶ AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 475.

⁹⁷ TEPEDINO, op. cit., 2009. p. 213-214.

de informar dado essencial acerca dessas mesmas características, que, por sua vez, se fossem informadas levaria o indivíduo a não adquirir o produto.

A título de exemplo, seriam consideradas publicidades enganosas, os seguintes casos hipotéticos: (i) se o anúncio publicitário afirmasse que o consumo de cigarros beneficia os pulmões; (ii) se a embalagem de cigarros contivesse informação com quantidade menor de substâncias tóxicas na composição do produto do que verdadeiramente contém; e (iii) se o anúncio ou a embalagem do cigarro omitissem dados essenciais sobre o mesmo.

A maioria das alegações dos consumidores acerca da publicidade enganosa é fundada no argumento de que as fabricantes não informam todas as substâncias que estão contidas no cigarro. No entanto, esse tipo de alegação não se perpetua, pois o objetivo de se vedar a publicidade enganosa é evitar que o consumidor incida em erro.

Portanto, mesmo que as fabricantes de fumo não informem todas as substâncias presentes no cigarro, em sua totalidade, a informação de que o cigarro contém milhares de substância nocivas, que também podem causar dependência, é anunciada, até por existir imposição legal nesse sentido. Assim, isso basta para afirmar que os consumidores não estão adquirindo um produto sem saber dos riscos que ele causa, por conseguinte, não estariam incorrendo em erro.

Na publicidade do cigarro, o que desde 1988 não pode ser omitido, sob pena de ilicitude, são os dizeres de advertência indicados na lei, sobre os males do fumo, e os teores de nicotina e de alcatrão. A campanha fumageira que atende a essa exigência, embora deixando de divulgar outros dados não essenciais, não faz publicidade enganosa por omissão.⁹⁸ (*grifos nossos*)

Por fim, acerca da publicidade abusiva, sua vedação objetiva evitar que o consumidor se comporte de forma a prejudicar sua saúde, fato que não é caracterizado na relação de consumo em questão, pois todas as campanhas publicitárias de cigarro veiculadas após a Constituição de 1988 e a vigência do CDC – que introduziram o dever de informar –, carregam inúmeras advertências sobre os males que o uso desse produto pode ocasionar, contendo frases que visam a desestimular o seu consumo.

⁹⁸ AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 476.

Ademais, “sendo o cigarro produto lícito, o estímulo ao seu consumo não pode configurar propaganda abusiva, porque isto equivaleria a proibir toda e qualquer forma de propaganda sobre o tema”.⁹⁹ Além disso, a Lei 9294/96 regulamenta a publicidade dos produtos derivados do tabaco, assim afirmando a inexistência de abusividade nas campanhas publicitárias do produto, pois toda e qualquer publicidade devem estar de acordo com os ditames dessa Lei, não sendo, portanto, abusivas, já que estão de acordo com os valores sociais escolhidos pelo Estado.

⁹⁹ TEPEDINO, op. cit., 2009. p. 211.

6 DIREITO COMPARADO

O tabagismo é um fenômeno que atinge a sociedade mundial há muitos séculos, envolvendo um imensurável número de indivíduos de diversas etnias, independentemente de gênero, escolaridade, posição social, entre outros critérios.

Nesse ponto, visa-se apresentar como os tribunais de alguns países estrangeiros vem decidindo as demandas dos usuários de cigarro quanto aos pedidos de indenização em razão da aquisição de doenças, na qual pleiteiam indenizações por danos materiais e morais sob a alegação de ter sido o consumo de cigarros a causa da doença adquirida.

Analisar-se-á as alegações dos usuários, bem como os fundamentos das decisões proferidas nos Estados Unidos da América, França, Espanha e Alemanha, relacionando essas com as proferidas nos Tribunais brasileiros.

Os Estados Unidos da América (EUA) utilizam um sistema de direito baseado na aplicação de normas e regras que não são preceituadas de forma escrita, em codificações, por exemplo; pois, utilizam normas sancionadas pelo costume ou pela jurisprudência. Emprega-se o termo de *commow law* para designar esse sistema de direito.

Assim, por meio da *commow law*, as questões levadas à análise das Cortes Americanas são resolvidas tomando-se como base sentenças judiciais proferidas anteriormente. Esse método diferencia-se do adotado no sistema romano-germânico, que utiliza disposições legais anteriormente estabelecidas para resolver as questões de direito. Esse último é o adotado pelo Brasil e por diversos outros países, como a França, a Espanha, a Itália e Alemanha. Contudo, mesmo nesse sistema utiliza-se a jurisprudência como fator orientador das decisões, quando diante de casos análogos.

Ainda sobre a *commow law*, especificamente acerca do julgamento das ações indenizatórias por danos decorrentes do consumo de cigarros, importante frisar que essas são julgadas por um júri leigo, pois nos Estados Unidos, o mesmo possui

legitimidade para apreciar pedidos de caráter indenizatório por danos atribuídos ao consumo de cigarros.¹⁰⁰

Nos Estados Unidos da América, os demandantes, de modo geral, alegam defeito no produto, mas essa teoria não é bem aceita pelas Cortes Americanas, em virtude da alegação da presença do livre-arbítrio dos indivíduos em consumir o cigarro, e, ainda da ausência de defeito do produto. Ademais, para o direito estadunidense, o cigarro é considerado um produto de perigo inerente, severamente regulado e fiscalizado pelo Estado.¹⁰¹

Dessa forma, percebe-se que os EUA e o Brasil seguem linhas muito parecidas no que concerne ao fundamento das decisões dessas ações.

Na França, até a edição do Ato 93.923, de 1993, o monopólio da fabricação e comercialização dos produtos derivados do tabaco era do próprio Estado Francês, que promovia essa atividade por meio da SEITA – *Société Nationale D'Exploitation Industrielle des Tabacs et Allumettes*.¹⁰²

As advertências acerca dos malefícios decorrentes do consumo de cigarros, no Estado Francês, passaram a ser impostas apenas com o advento do Ato 76.616 (*Loi Veil*), que determinava a inserção dessas advertências nas embalagens dos cigarros. Assim, nesse contexto começaram a surgir as primeiras demandas com pedido de reparação de danos pelos danos decorrentes do fumo, por volta de metade da década de 90.¹⁰³

Na maior parte dos casos, os pedidos dos consumidores são baseados na responsabilidade extracontratual, em virtude das seguintes reclamações: enfermidades possivelmente causadas pelo consumo de cigarro, dificuldades em parar de fumar ou pagamento de recurso terapêutico para os tabagistas.¹⁰⁴

Contudo, alguns pedidos são baseados na responsabilidade contratual e outros em normas especiais de consumo, mas são raras as ações que se baseiam nesses dois tipos de responsabilidade.

¹⁰⁰ Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2011/12/responsabilidade-civil-dos-fabricantes-de-cigarros-por-danos-atribuidos-ao-consumo-do-produto-doutrina-jurisprudencia-e-direito-comparado-parte-1/>>. Acesso em: 05.01.2014.

¹⁰¹ *ibidem*.

¹⁰² MIGLIORA, op. cit., p. 32.

¹⁰³ *ibidem*.

¹⁰⁴ *ibidem*, p. 33.

As decisões dos tribunais franceses, em suma, decidem pela improcedência das ações, recusando os pedidos de indenização baseados em três grandes argumentos, a saber: (i) não existe dever de informar das fabricantes de cigarro, pois os males advindos do consumo desse produto são vastamente conhecidos por todos, e assim, não há que se falar em responsabilidade das indústrias fumageiras; (ii) a inexistência de nexo de causalidade aferida entre a conduta das fabricantes de fumo e as enfermidade adquiridas pelos fumantes, em virtude do fracasso dos consumidores em demonstrar o nexo causal, trazendo aos autos tão-somente dados estatísticos; e (iii) a conclusão de que os cigarros não são produtos defeituosos.¹⁰⁵

Percebe-se, portanto, uma estreita relação entre os fundamentos das decisões dos Tribunais Franceses com os do Brasil.

No âmbito da responsabilidade civil, a Espanha possui um sistema jurídico muito semelhante ao brasileiro. E, assim como ocorre no Brasil, esses tipos de ações indenizatórias são amplamente julgadas improcedentes.

Assim, as decisões proferidas na Espanha tem por base quase os mesmos argumentos suscitadas pelos Tribunais Brasileiros. Dessa forma, quanto ao dever de informar, entendem os magistrados espanhóis que inexistente responsabilidade pelo dever de informar por parte das fabricantes, pois os danos ocasionados pelo consumo de tabaco são há muito tempo conhecidos por todos.

Ademais, quando da avaliação desse dever de informar, utilizam o método do “conhecimento generalizado”, no qual não se mede o conhecimento acerca dos fatos de cada demandante, usa-se uma regra geral que serve para todos, já que a questão é de conhecimento público.

Outro argumento levado a cabo pelos Tribunais Hispânicos é a ausência de nexo de causalidade entre o comportamento das fabricantes em produzir e vender seus produtos com os danos suportados pelos fumantes.

Nesse sentido, a responsabilidade civil nesses casos é afastada em virtude de dois argumentos: o primeiro diz respeito ao fato de não se conseguir comprovar o real nexo causal, entendido como o nexo estritamente jurídico, entre a enfermidade desenvolvida pelo fumante e o consumo de cigarros; o segundo refere-se ao fato de

¹⁰⁵ *ibidem*, p. 35.

que mesmo comprovado o nexo de causalidade entre o fumo e a doença, a responsabilidade restaria afastada em razão de ter o demandante assumido os riscos de contrair doenças quando escolheu iniciar o hábito de fumar.

Ademais, ainda sobre o nexo de causalidade, nos casos em que os consumidores alegam a existência da relação causal entre o dano sofrido e o uso de cigarro, tão-somente, sob o fundamento de que o cigarro faz mal à saúde, os Tribunais Espanhóis tendem a rejeitar essas alegações para decidir pela inexistência do nexo causal, argumentando que as doenças relacionadas ao tabagismo são multifatoriais, e, que por essa razão o nexo causal só poderia ser atribuído mediante uma concreta investigação sobre a doença presente no fumante.

Por fim, o último ponto tratado nas decisões espanholas versa sobre a assunção consciente de riscos, que seria para o direito brasileiro a culpa exclusiva da vítima, no sentido do fumante possuir livre-arbítrio quando da escolha de fumar. Assim, em grande parte das ações indenizatórias ajuizadas pelos fumantes, essas são julgadas improcedentes, antecipadamente, antes da averiguação do nexo de causalidade.

Ainda nesse ponto, em alguns casos, nos quais são levantados argumentos da dependência que o cigarro pode causar, as decisões não se modificam, sob o fundamento de que a dependência causada pelo cigarro é vastamente sabida há tempos e que mesmo diante do vício os fumantes podem parar de fumar, por vontade própria.

Como observa-se, os argumentos se repetem, pois as mesmas considerações levadas a cabo no julgamento desse tipo de demanda foram suscitadas pelas Cortes da França, Espanha e Brasil. Passa-se, então, a análise das decisões proferidas pelos Tribunais Alemães.

Na Alemanha, ocorre um fato curioso no que se refere ao início das demandas indenizatórias por dano decorrente do consumo de cigarro.

Os pedidos de assistência judiciária gratuita são analisados não só com base em circunstâncias financeiras e pessoais do demandante, pois para que o pedido seja deferido faz-se uma cognição prévia acerca das possibilidades de sucesso da demanda pelo autor. Nesse passo, caso o magistrado entenda que existe chance de procedência da ação, a gratuidade é deferida e o processo é instaurado.

Assim, algumas ações indenizatórias ajuizadas em face de fabricantes de cigarros pelos danos causados pelo consumo de seus produtos foram rejeitadas de pronto, ao argumento de que não existia nenhuma chance de êxito na pretensão autoral. Além desse argumento, foram suscitadas também a inexistência de defeitos no cigarro, pois que os mesmos são amplamente conhecidos como produtos que oferecem riscos e causam dependência.

Os argumentos levantados pelos consumidores nas ações alemãs são muitos semelhantes. A maioria é fundado no suscitado desconhecimento de que o produto causa vício, muito embora afirmem saber que o cigarro causa males à saúde. Fato esse curioso, pois se diferencia dos argumentos levantados por consumidores de outros países.

Argumentam, também, que os fabricantes sabiam que o cigarro provocava doenças desde a década de 80, mas que nada fizeram para alertar os consumidores sobre esse fato.

Fato interessante acerca das demandas ajuizadas perante o Tribunal Alemão é que as mesmas nunca chegaram a ser completamente analisadas, pois de pronto não eram aceitas, quando da análise preliminar feita na apreciação do pedido de gratuidade de justiça, mediante o argumento da inviabilidade das alegações dos autores. Assim, nenhuma ação foi julgada, e, conseqüentemente, as questões levantadas nas ações nunca puderam ser analisadas.

Conclui-se que os Tribunais de outros países, independentemente de estarem localizados na Europa ou América do Sul e do Norte, estão compartilhando dos mesmos entendimentos para afastar a responsabilização da indústria fumageira. Ao passo, que a semelhança dos fundamentos jurídicos e argumentos trazidos pelas decisões, ao cruzar fronteiras, afirma muito mais a concepção democrática sobre o homem de que tudo quanto aumenta a liberdade aumenta, também, a responsabilidade.

7 CONCLUSÃO

O tabaco é consumido há muitos séculos pelos indivíduos, das mais variadas formas. Antigamente, antes do século XX, era consumido sob a forma de fumo para cachimbo, rapé, tabaco para mascar e charuto. Contudo, teve seu consumo facilitado e difundido quando iniciou-se sua industrialização sob a forma do cigarro, por ser esse um produto de mais fácil manuseio e consumo, em virtude da sua portabilidade.

Com isso, rapidamente o hábito de fumar se espalhou pelo mundo, ainda mais em virtude da agressiva publicidade perpetrada pelas indústrias tabaqueiras no decorrer desse mesmo século.

Dessa forma, na metade do século XX, já existia uma enorme legião de assíduos consumidores do cigarro, também em razão de terem adquirido dependência à nicotina. Por sua vez, as indústrias tabaqueiras através das mais criativas campanhas publicitárias, que relacionavam ao ato de fumar uma aura de charme e poder, continuavam, de forma inabalável angariando mais consumidores.

Na via contrária, em meados do mesmo século, a verdadeira face desse produto foi sendo descoberta, deparando-se o mundo com a fática realidade de que o cigarro causava doenças. Aumentava-se o número de estudos sobre os malefícios trazidos pelo hábito de fumar, e assim, a sociedade mundial passou a conhecer a face fatal do cigarro.

Diante disso, as indústrias tabaqueiras, cada vez mais, produziam campanhas publicitárias voltadas para o público jovem. Assim como, começaram a introduzir no mercado cigarros com sabor e de diferentes formatos, objetivando atrair mais consumidores-padrão.

Passadas as décadas, a verdadeira realidade do hábito de fumar foi se revelando, a promessa de saúde, charme e beleza disseminadas pela publicidade do cigarro foi perdendo espaço, e a sociedade consumidora desse produto foi adoecendo, percebendo na “própria pele” os males trazidos pelo fumo.

A cada dia, foram sendo descobertas novas enfermidades relacionadas ao tabagismo, e os fumantes foram as adquirindo. Nesse contexto surgiram as ações de reparação de danos no âmbito do poder judiciário, nas quais esses consumidores

pleiteavam indenizações por danos morais e materiais, imputando às indústrias fumageiras o dever de indenizar pelos danos adquiridos pelo consumo de seus produtos.

Nessa seara surge toda a discussão tratada nesse trabalho. De um lado consumidores que iniciaram o hábito de fumar e adquiriram doenças antes da vigência da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, época que também não existia legislação que regulamentasse a publicidade e a comercialização dos produtos derivados do tabaco, e nem campanhas governamentais de desestímulo ao consumo dos mesmos.

Por sua vez, a responsabilidade civil tratada nas ações ajuizadas por esses consumidores, eram analisadas com base na teoria subjetiva, tendo como grandes discussões o nexo de causalidade e a questão de ser a fabricação de cigarros atividade lícita.

De outro lado, com o advento dos diplomas legais supramencionados, em especial com a introdução da responsabilidade objetiva nas relações de consumo, novos elementos foram trazidos para a discussão da responsabilidade civil das indústrias tabaqueiras pelos danos causados aos consumidores em decorrência do uso do cigarro, tema da presente exposição.

Assim, buscou-se expor os diferentes argumentos perpetrados pelos consumidores e pelas fabricantes – no âmbito das ações indenizatórias –, bem como pela vasta doutrina jurídica acerca desse tema. Utilizando o amparo do entendimento jurisprudencial brasileiro, que por vezes confirmou ou afastou determinados argumentos, com o intuito de demonstrar como essas ações vêm sendo decididas nos Tribunais Brasileiros.

Um dos elementos mais importantes formadores da responsabilidade civil é o nexo de causalidade. Observou-se ao longo desse trabalho, que entre o consumo de cigarros e as doenças adquiridas pelos fumantes, a relação de causa e efeito, elemento formador do nexo causal, não restou configurada na maior parte dos casos, segundo a jurisprudência e doutrina majoritária.

Assim, mediante o argumento de que as enfermidades adquiridas pelos consumidores são originadas por diversos fatores (doenças multifatoriais), pois vários fatores de risco tem o potencial de causá-las, inserindo-se o tabagismo entre eles, não

sendo possível determinar qual deles necessariamente causou a doença, não se configura o nexo de causalidade nesses casos.

Além disso, afirmam que a medicina atribui, de forma consequencial genérica, a causa dessas doenças ao hábito de fumar, conceito que não serve para o Direito. Pois, na campo jurídico, para que um fato seja atribuído como causa de um determinado dano, entre eles deve estar presente um liame de necessariedade capaz de configurar a relação de causa e efeito, e assim, formar o nexo de causalidade necessário para a concretização da responsabilidade civil, por conseguinte, do dever de reparar os danos.

Nessa seara foram abordados alguns pontos mais controvertidos, de trato mais filosófico, como a questão do livre-arbítrio dos indivíduos quando do início do hábito de fumar, e sua presença ou não após já adquirida a dependência/vício à nicotina.

O livre-arbítrio é muito citado nas decisões sobre esses casos, e a posição majoritária da jurisprudência entende pela sua presença, por conseguinte, pela incidência da excludente de responsabilidade da culpa exclusiva da vítima, rompendo o nexo causal.

Nesse sentido muitas ações vem sendo decididas, nas quais os magistrados através do argumento do livre-arbítrio, levantado pelas indústrias fumageiras, entendem que o indivíduo por vontade livre e própria decidiu por iniciar o consumo de cigarros, mesmo sabendo que isso poderia lhe trazer riscos à saúde. Pois, a informação de que o cigarro causa males é notoriamente conhecida, além de ser objeto de advertência constante nas embalagens do produto, bem como em sua publicidade, conforme determinam a Constituição de 1988 e a Lei 9294/96.

Dessa mesma forma também é tratado o caso do livre-arbítrio quando já presente a dependência à nicotina, ampliando o argumento no sentido de que grande maioria de fumantes conseguem parar por vontade livre e própria, não sendo o vício questão intransponível a ponto de aniquilar o livre-arbítrio do indivíduo.

Após a edição do Código de Defesa do Consumidor, que introduziu novos elementos ao campo da responsabilidade civil, nas ações de indenização passou-se a alegar que o cigarro é produto defeituoso, contendo defeitos de produção e

comercialização. Alegação que se insere na esfera do fato do produto sob enfoque da responsabilidade dos fornecedores de produtos e serviços, nas relações de consumo.

Conforme amplamente demonstrado nessa exposição, tanto a doutrina quanto a jurisprudência não entendem o cigarro como produto defeituoso, já que o Código Consumerista previu a possibilidade de existirem produtos inerentemente perigosos, como é o caso do cigarro. Sendo esse o principal argumento utilizado.

E, assim, visando proteger e alertar os consumidores desses perigos, o legislador estabeleceu o dever de informar, referente à obrigação das fabricantes em avisar sobre os riscos trazidos por seus produtos.

Nesse ponto, observou-se que existe vasta legislação regulando a publicidade, comercialização e uso do cigarro, que vão da determinação da inserção de advertências nas embalagens e anúncios de cigarros acerca dos malefícios decorrentes do seu uso, até restrições de locais onde se pode fumar.

Como entendimento geral, também por esses motivos não se poderia alegar o defeito do cigarro e a violação do dever de informar, bem como entender a publicidade dos produtos fumígenos como enganosa e/ou abusiva, em razão das indústrias tabaqueiras estarem cumprindo as determinações legais.

Acerca das alegações que versam sobre a publicidade veiculada antes da Constituição de 1988, os consumidores, em sua maioria, argumentam que a mesma era veiculada de forma abusiva e enganosa, pois atribuíam ao hábito de cigarro características que fogem à realidade do produto, bem como não informavam sobre os males que poderia causar.

Os Tribunais, majoritariamente, vem entendendo que não se pode considerá-las como tal, pois não existia naquela época imposição legal – como existe nos tempos atuais – que restringisse o conteúdo dos anúncios e obrigasse a informar dos males que o produto poderia causar, ao passo que os padrões aceitos anteriormente permitiam determinadas campanhas publicitárias – mesmo hoje entendidas como ilegais –, não podendo, assim, aplicar aos comportamentos passados, que não estavam sob o crivo da vigente legislação, normas de conduta da sociedade atual.

Na doutrina, essa questão é bastante debatida, mas, no geral, coaduna-se com o entendimento da jurisprudência. Assim, a publicidade considerada sob esse

enfoque, bem como sob o atual, não se verifica como abusiva e/ou enganosa aos olhos da doutrina jurídica e da jurisprudência brasileira.

Por fim, trouxe-se o direito estrangeiro como base de análise, para verificar como o tema desse trabalho é tratado pelo direito estrangeiro. Constatou-se que existe uma grande similaridade entre a forma como o assunto é decidido pelos tribunais brasileiros e pelos estrangeiros. Concluindo-se que nas cortes estrangeiras o pleito dos consumidores também não são acolhidos.

Como observado, o intuito do presente trabalho não foi trazer um único ponto de vista como resposta sobre as questões aqui abordadas, e sim, analisar como são entendidas pela doutrina jurídica brasileira e pelos Tribunais, a partir dos diversos argumentos perpetrados nas ações indenizatórias, nas quais tenta-se configurar a responsabilização civil das indústrias fumageiras.

Diante todo o exposto, conclui-se que as fabricantes de cigarro vem obtendo êxito nos litígios perante o poder judiciário, de modo que em decisão final nunca se conseguiu atribuir a responsabilidade civil às indústrias tabaqueiras pelas doenças adquiridas pelos consumidores em decorrência do hábito de fumar.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. A causalidade nas ações indenizatórias por danos atribuídos ao consumo de cigarros. In: LOPEZ, Teresa Ancona. *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARBOSA, Fernanda Nunes; ANDREIS, Mônica. *O argumento da culpa da vítima como excludente da responsabilidade civil da indústria do cigarro: proposta de reflexão*. Revista de Direito do Consumidor, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 82, abr.-jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão direito à informação e banimento da publicidade de cigarro*. Revista de Direito Administrativo, nº 224. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. de 2001.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 02.01.2014.

_____. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 02.01.2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02.01.2014.

_____. Lei 9294 de 15 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9294.htm>. Acesso em: 02.01.2014.

CARVALHO. M. C. *O cigarro*. São Paulo: Publifolha. 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade Civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Minas Gerais: Del Rey, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relações de consumo, prescrição e diálogo das fontes. In: LOPEZ, Teresa Ancona. *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio,*

responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

DOTTI, René Ariel. Cigarro, dependência e responsabilidade civil. In: LOPEZ, Teresa Ancona. *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

LACERDA, Galeno. Liberdade-Responsabilidade: assunção de risco e a culpa exclusiva do fumante como excludente de responsabilidade do fabricante de cigarros. In: LOPEZ, Teresa Ancona. *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MIGLIORA, Luiz Guilherme; BASTOS, Felipe; FRANÇA, Thomas Belitz. *As ações indenizatórias movidas por fumantes contra empresas que produzem cigarros no direito comparado e brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 95, n. 846, abr. 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Liberdade individual, acrasia e proteção à saúde. In: LOPEZ, Teresa Ancona. *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. Ações de indenização fundadas no uso do tabaco. Responsabilidade civil pelo fato do produto: julgamento antecipado da lide. Ônus da prova e cerceamento de defesa. Responsabilidade civil e seus critérios de imputação. Autonomia privada e dever de informar. Autonomia privada e risco social. Situações de agravamento voluntário do risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona. *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. *Responsabilidade Civil das Empresas Fabricantes de Fumo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROSEMBERG, José. *Nicotina: droga universal*. São Paulo: Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo, 2003. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/publicacoes/nicotina.pdf>>. Acesso em: 06/01/2014.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Editora Método, Grupo GEN, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra os fabricantes de cigarro. In: LOPEZ, Teresa Ancona. *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *A causalidade nas ações de responsabilidade atribuídas ao hábito de fumar*. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, v. 102, n. 384, abr. 2006.

SILVA, João Calvão da. *A Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Livraria Almeida, 1990.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v.1.