



A responsabilidade civil da indústria fumageira pelos danos decorrentes do fumo no sistema jurídico brasileiro

The liability of the tobacco industry for damages arising from smoke in Brazilian legal system

JULIANE STIVAL¹

Especialista em Direito Público pela Faculdade Processus, Brasília/DF.

RESUMO: A análise da responsabilidade civil da indústria fumageira deverá ter como pano de fundo a responsabilidade por fato do produto, nos moldes do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor – CDC, que exige a ocorrência dessas três situações, concomitantemente: (a) que o produto seja defeituoso ou que a informação seja insuficiente ou inadequada, (b) a ocorrência do dano aliado à presença do nexo de causalidade e (c) que não seja hipótese de culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. A doutrina pátria diverge, substancialmente, sobre o cigarro, em si, ser ou não um produto defeituoso, sobre o cumprimento ou não do dever de informar pelas fabricantes de cigarros e sobre a possibilidade, ou não, de se demonstrar, de forma inequívoca, a relação de causa e efeito entre a enfermidade e o consumo de cigarros. Acrescenta-se ao panorama, ainda, a discussão acerca da aplicação da excludente de responsabilidade prevista no art. 12, § 3^a, III, do CDC. A balança da justiça, na instância superior, com o peso de decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça, tem pendido para o afastamento do dever de indenizar, o que representa, por ora, significativa vitória para os fornecedores, em que pese a égide protetiva ao consumidor constante no sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Consumidor; Fumante; Fabricante; Dano.

ABSTRACT: The analysis of the liability of the tobacco industry should have as background the responsibility for the fact for the product, similar to the article 12 of the Consumer Defense Code – CDC, which requires the occurrence of these three situations, concurrently: (a) the product is defective or that the information is insufficient or inadequate, (b) the occurrence of damage combined with the presence of the nexus causality and (c) that is not hypothesis of exclusive guilt of the victim or a third party. The doctrine homeland differs substantially on the cigarette itself be or not be a defective product, on the implementation or not the duty to inform by the manufactures of cigarettes and about the possibility or not to demonstrate, unequivocally, the relation of cause and effect relationship between illness and consumption of cigarettes. It adds to the picture, more, the discussion about the application of exclusive liability under article 12, § 3^o, III, CDC. The scales of justice, exceeding the proceedings, with the weight of recent decisions of the Superior Court of Justice, has swung to the removal of the duty to indemnify, which is, for now, a significant victory for the suppliers, in which despite the protective aegis of the consumer in the legal system of Brazil's.

Keywords: Liability; Consumer; Smoker; Manufacturer; Damage.

1 INTRODUÇÃO

Tema de inegável importância – pois diz respeito à grande parcela da população – e de incontestável atualidade, a responsabilidade civil da indústria fumageira pelos danos decorrentes do fumo está longe de ser consenso entre a doutrina nacional.

A divergência entre os que defendem a responsabilidade civil das companhias de tabaco e os que a afastam deriva da interpretação que é dada, especialmente, ao art. 12 do Código de Defesa do Consumidor – CDC, e também da sua contextualização – o que seria defeito do produto e defeito de informação, a abrangência das causas excludentes de responsabilidade, etc. –, e, ainda,

de discussões acerca da possibilidade ou não da aplicação dos princípios e valores trazidos pela Constituição Federal de 1988 e pelo CDC a fatos pretéritos, o que acaba incursionando em searas como a do significado e alcance da boa-fé objetiva, por exemplo.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, em duas decisões recentes (REsp 886.347/RS e REsp 1.113.804/RS), posicionou-se pelo não cabimento dos pleitos indenizatórios, assentando entendimentos importantes sobre o tema. Sabe-se, porém, que a questão ainda está pendente de definição no sistema jurídico pátrio, pois é ampla e controversa a produção doutrinária, inclusive no direito comparado, e o Supremo Tribunal Federal ainda não se posicionou sobre a matéria.

2 A INDENIZAÇÃO DOS FUMANTES PELA INDÚSTRIA FUMAGEIRA

2.1 Considerações iniciais acerca da responsabilidade

Primeiramente, para se alcançar resposta ao questionamento sobre a existência ou não de responsabilidade da indústria fumageira de indenizar os fumantes pelos malefícios do consumo de cigarros, é necessário estabelecer em quais alicerces está amparada tal responsabilidade, caso realmente exista.

Não há como contestar que a relação jurídica estabelecida entre as companhias de tabaco e os fumantes é nitidamente de consumo, não sendo possível afastar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.² A evidência da inclusão do fumante no conceito trazido pelo art. 2º do CDC é latente, uma vez que utiliza o produto como destinatário final. Além dele, ainda é possível identificar o fumante passivo como consumidor, com fulcro no art. 17 do CDC, já que é vítima do dano em razão da situação concreta.³ Do outro lado da relação de consumo, não há como afastar a fabricante de cigarros da figura de fornecedor moldada no art. 3º do mesmo Códex, pois desenvolve atividade de produção e distribuição do produto. Assim, a análise da responsabilidade civil da indústria fumageira deverá ter como pano de fundo a responsabilidade por fato do produto, integrante da Seção II da Lei nº 8.078/90, a qual foi esculpida pelo legislador nos seguintes termos:

SEÇÃO II

Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço

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

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I – que não colocou o produto no mercado;
 - II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
 - III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.
- Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:
- I – o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;
 - II – o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;
 - III – não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

Pois bem. Da leitura dos dispositivos transcritos, depreende-se que a responsabilidade civil pelo fato do produto trazida pelo CDC é objetiva, prescindindo do elemento culpa para a sua caracterização, bastando para tanto que o fornecedor tenha colocado no mercado produtos defeituosos – em razão de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos – ou que tenha prestado informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos, que causem dano a consumidores que os tenham adquirido ou que sejam expostos a consequências do fato danoso (nexo de causalidade), e que não seja o caso de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Portanto, pode-se estabelecer, *a priori*, que são requisitos da responsabilidade do fornecedor, nos moldes do art. 12 do CDC, a ocorrência dessas três situações, concomitantemente: (a) que o produto seja *defeituoso* ou que *a informação seja insuficiente ou inadequada*, (b) a ocorrência do *dano* aliado à presença do *nexo de causalidade* e (c) que não seja hipótese de *culpa exclusiva da vítima ou de terceiro*. A seguir, passar-se-á para a análise de cada um desses elementos com a finalidade de identificar se, no caso do fumante, haveria o dever de indenizar.

2.1.1 Defeito do produto

Uma das hipóteses de responsabilidade do fornecedor, trazida pelo CDC, é a do defeito do produto.

Amparando a não-responsabilização das empresas, há a tese de que o cigarro em si pode ser considerado um produto perigoso, mas não pode ser considerado um produto defeituoso.⁴ Isso porque, defeituoso é o produto

que não oferece a segurança que dele legitimamente se espera (art. 12, § 1º, do CDC) e não seria o caso do tabaco. Defendendo essa posição, Gustavo Tepedino⁵ colaciona: “A periculosidade inerente ao produto não configura, por si só, defeito, já que a lei não exige que o produto ofereça segurança absoluta (ausência total de riscos) mas apenas a segurança que se possa legitimamente esperar”.

Nessa linha, somente seria produto defeituoso aquele que se enquadrasse na definição de Caio Mário da Silva Pereira, segundo a qual é defeituoso “todo produto que, em razão de falha na confecção, no desenho, na utilização da matéria-prima, não seja adequado aos fins a que normalmente se destina”,⁶ tais como o cigarro com filtro que fosse vendido sem filtro ou com filtro imprestável à sua finalidade, o cigarro que explode ou que ofereça teor de nocividade inerente diversa da apresentada na embalagem. Ainda, trilhando o caminho do afastamento da ideia de defeito do produto, tem-se o magistério de Judith Martins-Costa:

O produto não é defeituoso, embora perigoso, ou nocivo, quando oferece a segurança que dele legitimamente se espera. Os danos decorrentes da periculosidade inerente (dentro da normalidade e a previsibilidade – expectativa legítima dos consumidores) não dá ensejo ao dever de indenizar.

De outra banda, há o argumento de que o fumante é vítima de defeito de concepção do produto, o qual residiria no fato de, na sua composição, conter nicotina, que é uma substância responsável pela dependência física do fumante.⁷ Assim posicionou-se o relator do Recurso de Apelação nº 70017634486, Desembargador Paulo Sérgio Scarparo, *in verbis*: “Já, no caso do tabaco, o defeito não está nessa ou naquela partida de cigarros ou charutos. Está em si mesmo, na composição química de seus elementos tal como são comercializados que causam dependência, envenenam e matam!”⁸

2.1.2 Informação deficiente

O fornecedor responde, igualmente, pela reparação de danos causados ao consumidor por produto que ele colocou no mercado quando prestar informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

A doutrina praticamente não diverge que a indústria fumageira somente passou a veicular as informações acerca da periculosidade do uso do cigarro quando iniciou a regulamentação da matéria pelo Estado, através de Portarias do Ministério da Saúde e outros estatutos legais, o que se deu a partir de 1999. A discussão reside na obrigação ou não de que

se prestassem tais informações anteriormente, mesmo antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, que trouxe, expressamente, a figura da boa-fé objetiva para o ordenamento jurídico nacional, e também acerca da qualidade ou não das informações prestadas atualmente.

Em parecer titulado Ação indenizatória. Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo, Judith Martins-Costa sustenta que o dever de informação que deriva da boa-fé é recente e que, além disso, o dever de informar não alcança fatos notórios e que, no caso dos cigarros, de há muito é informação notória que faz mal à saúde.⁹ Sinalizando na mesma direção, tem-se as ponderações de Ruy Rosado de Aguiar Junior no sentido de que os padrões vigentes em período anterior a 1988 não exigiam comportamento diferente das companhias de cigarro e que, após tal data, as companhias vem seguindo as orientações das regulamentações específicas sobre a matéria.¹⁰ Por outro lado, há o entendimento, defendido por Cláudia Lima Marques,¹¹ de que o princípio da boa-fé, por influência do direito romano, está presente no ordenamento brasileiro desde 1850 – art. 131, I, do Código Comercial – e que, já nos anos de 1955, tal presença criava deveres de lealdade e de informação para os fabricantes de cigarro. Isso porque, desde a década de 50, as companhias de tabaco já detinham informações acerca dos males que seus produtos causam e, portanto, tinham o dever de entregar ao consumidor em potencial tais informações. Tal dever consubstancia-se no fato de que, mesmo a sociedade daquela época, não pode estar organizada com base na má-fé. Como tal conduta informativa somente foi adotada a partir da década de 1990, em razão das regulações administrativas, o reconhecimento da responsabilidade civil das fabricantes de cigarros se impõe. A autora ainda aponta, em consonância com as considerações de Lúcio Delfino,¹² que o dever de informação exigido pela boa-fé objetiva até hoje ainda é negligenciado pelas empresas de tabaco, uma vez que a informação prestada não é qualificada: “O consumidor pode saber que fumar faz mal, mas não sabe que fumar mais de 30 a 40 cigarros por dia significa 85% de chances de câncer”.

2.1.3 Nexa de causalidade

Um dos pilares do dever de indenizar, o nexa de causalidade há de ser demonstrado, via de regra, por quem objetiva a indenização pelo dano causado (exceto nos casos em que o juiz decidir pela inversão do ônus da prova – art. 6º, VIII, do CDC.¹³) A teoria adotada pelo direito civil pátrio acerca do nexa de causalidade é a da causalidade necessária, ou seja, para

restar configurado é imperioso que a causa seja apta a, por si só, produzir o resultado danoso. Analisando o nexo de causalidade entre o ato de fumar e as doenças a ele associadas, José Carlos Moreira Alves¹⁴ afirma que, para a configuração da responsabilidade da fabricante de cigarros, é indispensável a prova inequívoca da relação de causalidade entre os dois, sendo insuficiente para tal fim, a simples associação estatística – para fins epidemiológicos – da doença com o consumo de cigarros, devendo ser observado que as doenças associadas ao tabagismo são multifatoriais, o que dificulta sobremaneira a prova segura de qual desses fatores foi, efetivamente, a causa da doença.¹⁵ Judith Martins-Costa,¹⁶ ao tratar do tema, aponta que, de acordo com a teoria da causalidade necessária, no caso das doenças associadas ao tabagismo, havendo a interferência de outros fatores, tais como o sedentarismo, maus hábitos alimentares, etc, não há como restar caracterizado o nexo de causalidade.

Embora reconheça a dificuldade em demonstrar, diante da adoção, pelo legislador brasileiro, da teoria da causalidade adequada (outra denominação para a teoria da causalidade necessária), a relação de causa e efeito entre a enfermidade e o consumo de cigarros, Lucio Delfino, no entanto, diverge do posicionamento anteriormente exposto ao não considerar se tratar de missão impossível, pois “uma perícia aliada às demais provas dos autos dará ao julgador os elementos necessários para firmar um juízo de probabilidade e, tão-logo, concluir se o tabagismo seria capaz, por si só, de causar o dano”.¹⁷

Já, Amanda Flávio de Oliveira sustenta a existência do nexo de causalidade, com base, não na demonstração particular da relação de causa e efeito, mas sim na “estreita e inegável relação entre doenças pulmonares e tabagismo, além do desenvolvimento de pesquisas acerca das doenças tabaco-associadas”.¹⁸

Ainda, sinala-se o posicionamento de Guilherme Ferreira da Cruz¹⁹ de que o nexo causal não depende da demonstração de que o fumo teria sido a causa originária da doença. O agravamento do estado clínico do consumidor doente, que indubitavelmente ocorre quando o paciente fuma, é que é o alicerce do dever de indenizar, pois é, por si só, um dano.

2.1.4 Culpa exclusiva da vítima

A questão da culpa exclusiva da vítima, que é excludente de responsabilidade (art. 12, § 3º, III, do CDC), perpassa pela concepção acerca da capacidade ou não de autodeterminação do fumante. Caso se entenda que ela não está prejudicada/diminuída, em que pese a dependência à nicotina, é possível atribuir exclusivamente ao fumante a culpa pelos resultados

danosos decorrentes do uso do cigarro. *A contrario sensu*, havendo o reconhecimento de que há uma deficiência na capacidade de autodeterminação do fumante, não será possível se utilizar da excludente do art. 12, §3º, do CDC, abrindo caminho para a responsabilização da fabricante.

Os que defendem a manutenção da capacidade de autodeterminação do fumante sustentam que a dependência à nicotina não é elemento suficiente para reduzir a capacidade do agente. Tanto é assim, dizem, que não se enquadra na moldura legal de qualquer vício da vontade. Argumentam, ainda, que, embora a dependência física ou psicológica possa até enfraquecer o poder de recusa, não significa não ser possível a recusa. Existem várias pessoas que decidem parar de fumar e param.²⁰ Assim, conforme o magistrado de Gustavo Tepedino,²¹ o consumidor, gozando de ampla capacidade, ao decidir pelo início e manutenção do hábito de fumar, ciente dos riscos inerentes ao cigarro, assumiu os riscos, podendo-se afirmar que, caso fosse possível estabelecer nexo de causalidade entre o hábito de fumar e o dano à saúde, configurar-se-ia, na hipótese, culpa exclusiva da vítima, capaz de excluir a responsabilidade do fabricante.

Na outra vertente, que afasta a culpa exclusiva da vítima considerando que o tabagismo vai além de uma questão de exercício de livre-arbítrio ou de liberdade dos consumidores, há interessante tese sustentada por Amanda Flávio de Oliveira²² no sentido de que o ato de fumar tem a ver com vulnerabilidade e sujeição. Segundo a autora, a vulnerabilidade está relacionada com o início do ato de fumar e está presente em situações nas quais o hábito de fumar se inicia ainda na adolescência, ou em casos em que a pessoa atravessa por períodos de depressão, ansiedade, estresse, ou baixa auto-estima, por exemplo. A sujeição, por sua vez, se manifesta através da dependência, que vai além de um mau hábito, e, para abandonar o vício, na maior parte das vezes, não basta a força de vontade ou determinação do fumante, sendo necessário auxílio médico.

2.2 Jurisprudência nacional

Não se localizou no Supremo Tribunal Federal julgados acerca do tema. O Superior Tribunal de Justiça, ao menos em duas oportunidades (REsp 886.347/RS, e REsp 1.113.804/RS), posicionou-se sobre o assunto, ambas as vezes adotando o entendimento do não-cabimento da indenização. Alguns entendimentos expostos pelo STJ, por ocasião dos dois julgamentos, merecem ser destacados, quais sejam:

- a) PRESCRIÇÃO: a prescrição aplicável é a quinquenária prevista no art. 27 do CDC,

contada a partir da ciência do dano, nos casos de ação ajuizada pelo próprio fumante, ou a partir do evento morte, nos casos de pretensões ajuizadas por herdeiros.

- b) **NATUREZA DO CIGARRO:** entendimento de que o cigarro não se enquadra na conceituação de produto defeituoso do art. 12, § 1º, do CDC, uma vez que o defeito a que alude o dispositivo consubstancia-se em falha que se desvia da normalidade, capaz de gerar uma frustração ao consumidor ao não experimentar a segurança que ordinariamente se espera do produto, que não é o caso do cigarro, que é produto de risco inerente. O defeito previsto no artigo não pode dizer respeito a uma capacidade própria do produto de gerar danos, presente em todas as unidades, mas a algo que escapa do razoável, discrepante do padrão de outros produtos congêneres ou de exemplares do mesmo produto. Sendo o cigarro produto de periculosidade inerente, somente se responsabilizará o fornecedor por eventuais danos causados pelo uso do produto em caso de informação inadequada alusiva aos seus riscos, se também, por outro lado, o dano figurar como consectário da implementação do risco (nexo).
- c) **DEVER DE INFORMAÇÃO:** o dever de informação advindo de determinações legislativas/normativas remontam a 1988, a partir da promulgação da CF/88. Na mesma esteira, vieram as exigências/regulamentações através da Portaria nº 1.050/90 do Ministério da Saúde, a Lei nº 9.294/96, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor. O princípio da boa-fé ou a lealdade contratual estavam presentes no ordenamento pretérito à CF/88. No entanto, o princípio da boa-fé e, conseqüentemente, o dever acessório de informação, devem ser examinados conforme os costumes e adotada a visão do homem médio do tempo em que se está a analisar. Até a década de 90, embora já se soubesse dos efeitos deletérios do fumo, não havia a predominância da saúde corporal. O que predominava era a busca dos prazeres, dentre eles, o propiciado pelo tabaco. Não é crível atribuir a responsabilidade, de forma tão singela, à indústria fumígena pelo uso do tabaco – o hábito de fumar sempre existiu (comportamento herdado por ancestrais europeus e indígenas). A humanidade leva a efeito seu projeto de vida privada a qual, até décadas muito próximas, foi encabeçado sim pelo cigarro, pelo álcool, assim como pelo sal, pela gordura animal e pela vida sedentária, todos relacionados

a malefícios notoriamente conhecidos. “Em mira esses fatores legais, históricos e culturais vigentes nas décadas de cinquenta a oitenta, não há como se agitar o princípio da boa-fé de maneira tão fluida, sem conteúdo substancial e de forma contrária aos usos e costumes, os quais, como dito, preexistiam de séculos, para se chegar então a conclusão de que era exigível das indústrias do fumo um dever jurídico de informação aos fumantes. Não havia, de fato, nenhuma norma jurídica, quer advinda da lei, quer advinda de princípios gerais de direito, quer advinda dos costumes, que lhes impusesse tal comportamento. (...) Decerto, seria um complexo desprestígio ao próprio arcabouço normativo advindo a partir da Constituição de 1988, que regulamentou de forma minuciosa a matéria, sustentar que tudo se resolveria a partir da invocação da boa-fé, porquanto se assim fosse, seria desnecessária a regulamentação normativa. Em realidade, as diversas normas regulamentadoras vieram exatamente suprir uma lacuna então existente.” (REsp 1.113.804).

- d) **NEXO CAUSAL:** o direito civil brasileiro, em relação ao nexo de causalidade, adota a “teoria do dano direto e imediato” ou “teoria da interrupção do nexo causal”, segundo a qual, dentre os vários antecedentes causais, apenas aquele elevado à categoria de causa necessária do dano dará ensejo ao dever de indenizar. Não há ainda na arte médica uma causalidade necessária, direta e exclusiva, entre o tabaco e o desenvolvimento do câncer, o que também afasta o dever de indenizar. Há a afirmação tão-somente da existência de fator de risco entre o fumo e o câncer, tal como outros fatores, como a alimentação, o álcool, carga genética, o modo de vida da pessoa, se sedentária ou estressante.
- e) **LIVRE-ARBÍTRIO E EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE:** o livre arbítrio determina a possibilidade de escolher entre o bem e o mal, o certo e o errado; e, tendo o autor começado a fumar nos idos de 1988 – quando havia advertências explícitas estampadas nos maços de cigarros, em razão de determinação da Portaria nº 490 do Ministério da Saúde – optou por adquirir, espontaneamente, o hábito de fumar, valendo-se de seu livre-arbítrio. O homem médio, ao optar por assumir os riscos causados pelo uso do produto, por sua livre e espontânea vontade, deve arcar com os riscos inerentes às suas opções, o que afasta o nexo de causalidade.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Algumas impressões merecem ser registradas a título de considerações finais. Longe de serem apontamentos definitivos sobre o tema, até porque, mesmo na doutrina e jurisprudência pátrias, o assunto ainda carece de maiores reflexões. Sem contar que, uma eventual afirmação, pela medicina, de que certa doença é causada necessária e exclusivamente pelo uso de cigarros pode causar uma verdadeira “revolução” nas decisões judiciais.

Quanto aos requisitos da responsabilidade do fornecedor, trazidos pelo art. 12 do CDC, converge-se com o entendimento de que o cigarro em si pode ser considerado um produto perigoso, mas não pode ser considerado um produto defeituoso. A periculosidade inerente ao produto não configura, por si só, o defeito a que alude o dispositivo antes mencionado, já que a lei não exige que o produto ofereça segurança absoluta (ausência total de riscos), mas apenas a segurança que se possa legitimamente esperar. Caso contrário, não se poderia cogitar da comercialização lícita de produtos perigosos.

No que alude ao dever de informar, coaduna-se, em parte, com o entendimento adotado pelo STJ, no sentido de que o princípio da boa-fé ou a lealdade contratual estavam presentes no ordenamento pretérito à CF/88. Porém, diverge-se quanto à afirmação, no mesmo voto, de que não haveria a obrigação de as fabricantes de cigarro advertirem dos males associados ao seu uso em razão de que o que predominava, antes da década de 90, era a busca dos prazeres, dentre eles, o propiciado pelo tabaco. Parece que, nesse ponto, assiste razão à Cláudia de Lima Marques quando afirma que, propositadamente, diante da publicidade massiva que estimulava o consumo e não o conectava com possíveis males, ocorrera uma espécie de desinformação do público-alvo, o que caracteriza má-fé por parte da fabricante e não pode ser tutelado pela ordem jurídica, mesmo antes do advento do Código de Defesa do Consumidor.

A adoção, pelo ordenamento pátrio, da teoria da causalidade necessária é o maior entrave a ser superado por quem pleiteia a indenização. Demonstrar, de forma inequívoca, que há a relação de causa e efeito entre a enfermidade e o consumo de cigarros, afastando demais elementos causais aptos a romperem o nexo de causalidade, considerando que as doenças associadas ao tabagismo são multifatoriais, sem dúvida, é um desafio. Porém, como bem observa Lucio Delfino, não pode ser de pronto tratada como prova impossível. Quem sabe não se apresenta um caso concreto em que a perícia médica, aliada às demais provas dos autos,

possa dar ao julgador elementos necessários para visualizar o nexo de causalidade exigido pela lei? Por exemplo, uma pessoa que pratica atividades esportivas, alimenta-se adequadamente, não tem predisposição genética para o desenvolvimento de câncer, e, após ser fumante por vinte anos, desenvolve câncer no pulmão. Será que, aparecendo um caso desse tipo não teria o magistrado elementos para o reconhecimento do nexo de causalidade? Sugere-se reflexão sobre essa possibilidade.

Por fim, salvo melhor juízo, entende-se que a excludente de responsabilidade prevista no art. 12, § 3^a, III, do CDC, pode ser utilizada para os dias atuais, ou melhor, para as situações posteriores à regulamentação administrativa, pois foi, finalmente, dada ciência ao consumidor dos males que o fumo causa. Porém, não pode servir de excludente de responsabilidade para as situações pretéritas, em razão da falta de boa-fé objetiva que permeou tais relações contratuais. Não se pode admitir atribuir culpa exclusiva da vítima quando não se forneceu a ela os elementos necessários para o exercício consciente do seu livre-arbítrio.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. 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 (Coord). *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. 469-489.

ALVES, José Carlos Moreira. A causalidade nas ações indenizatórias por danos atribuídos ao consumo de cigarros. In: LOPEZ, Teresa Ancona (coord.). *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. 239-257.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. A dependência ao tabaco e a sua influência na capacidade jurídica do indivíduo. A caracterização do defeito no produto sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord). *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. 67-82.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.113.804. Recorrente: Souza Cruz S.A. Recorrido: Sonia Maria Hoffmann Mattiazzi e Outros. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4^a Turma, 27 abr. 10. Brasília. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Default.asp?registro=200900438817&dt_publicacao=24/06/2010>. Acesso em: 11 ago. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 886.347. Recorrente: Souza Cruz S.A. Recorrido: Michel Eduardo da Silva Martins. Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, Quarta Turma, 25 maio 10. Brasília. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=2006/0159544_9&dt_publicacao=08/06/2010>. Acesso em: 11 ago. 2011.

CRUZ, Guilherme Ferreira da. A responsabilidade civil das empresas fabricantes de cigarros. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 47, p. 67-117, 2003.

DELFINO, Lucio. *Responsabilidade civil e tabagismo no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

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 (Coord). *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. 183-193.

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

MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória. Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. In: LOPEZ, Teresa Ancona (coord.). *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. 277-374.

MORAES, Maria Célia Godin de. Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde. In: LOPEZ, Teresa Ancona (coord.). *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. 319-374.

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 (Coord). *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. 375-418.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Direito de [não] fumar: uma abordagem humanista*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70017634486. Apelante: Sonia Maria Hoffmann Mattiazzi. Apelado: Souza Cruz S.A. Rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo, Quinta Câmara Cível, 27.06.2007. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=828727&ano=2007>. Acesso em: 11 ago. 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra dos fabricantes de cigarro. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord). *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. 195-238.

NOTAS

- ¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS; Especialista em Direito Público pela Faculdade Processus, Brasília/DF; Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS; Analista Judiciária do Superior Tribunal Militar – STM. E-mail: <juliane@stm.jus.br>.
- ² CRUZ, Guilherme Ferreira da. A responsabilidade civil das empresas fabricantes de cigarros. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 12, n. 47, jul./set. 2003, p. 67-117.
- ³ DELFINO, Lucio. *Responsabilidade civil e tabagismo no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- ⁴ Nessa linha, o magistério de Ruy Rosado de Aguiar Junior, em artigo titulado Os pressupostos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e as ações de indenização por danos associados ao consumo de cigarros: “O produto que tem periculosidade inerente não é só por isso um produto defeituoso”.
- ⁵ EPEDINO, Gustavo. Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra dos fabricantes de cigarro. LOPEZ, Teresa Ancona (coord). *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. 195-238.
- ⁶ LACERDA, Galeno. Liberdade-Responsabilidade: assunção de risco e a culpa exclusiva do fumante como excludente de responsabilidade do fabricante de cigarros. LOPEZ, Teresa Ancona (coord.). *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. 183-193.
- ⁷ Sobre o tema, vide as considerações de Lucio Delfino, no livro *Responsabilidade civil e tabagismo no Código de Defesa do Consumidor*: “Apesar de as indústrias fumíferas possuírem autorização legal para molestar a saúde da comunidade, seu produto sempre apresentou em sua composição um defeito de concepção gravíssimo: a nicotina. Essa é

a substância responsável pela dependência física do fumante. É verdade que não existe no país nenhuma prova técnica de que a nicotina provoca o vício. No entanto, os pareceres, relatórios e estudos são unânimes em caracterizá-la como uma substância psicotrópica.”

- ⁸ Apelação nº 70017634486, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível, Relator Desembargador Paulo Sérgio Scarparo, julgamento em 27.06.2007.

- ⁹ As palavras de Judith Martins-Costa: “Nos meados do século passado, ainda não se verificava, em toda a sua intensidade, como agora, a consciência da necessidade de valorar-se juridicamente a desigualdade substancial entre as partes de um contrato, decorrentes, por exemplo, de assimetrias informativas. Só a partir dos anos 80 passou-se a valorar a desigualdade concreta (e não apenas a igualdade abstrata); passou-se a relativizar a autonomia privada; mudou-se a relação entre a sociedade e o Estado.

A própria compreensão do que é hoje o princípio da boa-fé não é nem poderia ser o mesmo que era ou seria há 20 ou 30 anos, pela simples razão de que os dados culturais que o tornam concreto e operativo são, hoje, diversos daqueles vigorantes no passado.

É indevido aplicar a boa-fé como hoje é interpretada para sancionar condutas ocorridas em período histórico no qual se tinha outra interpretação da boa-fé, uma interpretação que não alcançava, por exemplo, a ideia segundo a qual a boa-fé produz o dever de informar.

Até a entrada em vigor do CDC não se impunha à fabricante de cigarros o dever de informar sobre os riscos derivados do tabagismo, seja em razão da inexistência de regra geral ou administrativa nesse sentido, seja da compreensão então conferida ao princípio da boa-fé e ao dever de informar. Após a entrada em vigor do CDC, mesmo os riscos provocados pelo uso do cigarro sendo notórios, há o dever de informar em razão de expressa determinação legal. O que muda, agora com o CDC, com relação a ser o fato notório ou não é a intensidade do dever de informar. (MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória. Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. LOPEZ, Teresa Ancona (coord.). *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. 277-374)

¹⁰ “Quando se trata de produto que apresenta algum risco, é preciso que o consumidor seja alertado do perigo. Para certos produtos, sendo notória a periculosidade, o conhecimento comum dispensaria informação específica, como no caso da arma, ou da bebida, ou do cigarro. Mas, para o cigarro, a cujo respeito desde sempre se conheceu do perigo que pode acarretar à saúde, há ainda uma regulamentação específica sobre a advertência apresentada ao eventual consumidor, patrocinada pelo Ministério da Saúde.

Para o período anterior a 1988, quando inexistia a obrigação regulamentar de inserir no invólucro e em anúncios a advertência que hoje neles deve constar, não se pode imputar à companhia omissão culposa por descumprimento de determinação legal. Primeiro, porque a nocividade era do conhecimento comum da época. Em segundo, porque não seria exigível da companhia comportamento diferente daquele adotado, que estava de acordo com os padrões de conduta então vigentes.” (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Os pressupostos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e as ações de indenização por danos associados ao consumo de cigarros. LOPEZ, Teresa Ancona (coord.). *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. 469-489).

¹¹ Nos seguintes termos: “O princípio da boa-fé está presente no ordenamento brasileiro desde 1850: tanto na responsabilidade contratual como na extra-contratual, especialmente no que se refere à informação/ omissão entre consumidor/leigo e profissional/fabricante, por influência direta do direito romano.

Efetivamente, uma sociedade não pode estar organizada com base na má-fé, não pode permitir má-fé subjetiva, seja no contrato, nos direitos reais ou igualmente na relação extra-contratual (ou pré-contratual) onde a segurança e a confiança no afirmado deve ser a regra a evitar o dano futuro.

Desde Roma, a confiança despertada pelos atos e palavras daquele que age na sociedade criando expectativa nos outros é juridicamente importante e valorada, levando à criação e à ‘transformação’ das relações jurídicas.

Apesar de não haver menção expressa no CC/1916, Clóvis de Couto e Silva identificava a presença e incidência do princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro desde 1850, no Com/1850 (art. 131, I). A boa-fé impõe no tráfico jurídico uma conduta leal e cooperativa, em que a realização da liberdade negocial ou verdadeira autonomia de vontade e de decisão de um leigo (no caso, consumidor) depende das informações, atos e omissões de um profissional (no caso, fabricante de cigarros), conduzindo-se lealmente.

Já nos anos 1955, a presença da boa-fé no ordenamento brasileiro criava deveres de lealdade e de informação para os fabricantes de cigarros.

A boa-fé não é um paradigma apenas contratual, mas pré-contratual e extra-contratual, e tem intensidades diferentes conforme o tipo de contato social (contrato, publicidade, embalagem, marca, delito, etc.) e também conforme os sujeitos da relação (profissionais, leigos, crianças, idosos, pessoa determinada, pessoa indeterminada, etc.).

Aquele que – sabendo – optou por não informar para vender mais assume o risco de ter de ressarcir o dano que criou. O consumidor escolhe o produto confiando nas informações que recebe, prestadas de forma voluntária pelos fabricantes e fornecedores da cadeia de produção (publicidade, embalagens, avisos, alertas etc.). Não pode haver liberdade de escolha se aquele que detém uma informação importante e essencial para minha decisão de consumir a omite (intencionalmente e em ato omissivo com proveito próprio). È o que acontecia na década de 50.

Assim, no período de 1950 a 1988, há de se reconhecer que não houve boa-fé das empresas fabricantes de cigarros quanto às informações dos males que seus produtos causam. Não se pode, com base em uma alegada notoriedade de que o tabaco causava câncer de pulmão impor o ônus autoinformativo ao consumidor exclusivamente. Aqui, a boa-fé tem que impor razoabilidade de pelo menos dividir este ônus informativo e aceitar

que houve falha na informação negada ao leigo e que os fabricantes detinham.

Ainda, diante da publicidade massiva que estimulava o consumo e não o conectava com possíveis males, ocorrera uma espécie de desinformação do público-alvo. Ainda, contraria a boa-fé promover publicidade que crie expectativas de liberdade, saúde e sucesso, para produtos que “notoriamente” causam males à saúde.

A notoriedade dos malefícios somente pode estar relacionada com informações que as empresas produtoras detinham. Para o consumidor leigo, tais informações só vieram a ser acessíveis nos meados dos anos 90, através de vazamento de informações secretas de posse da indústria do tabaco.

Além disso, até hoje, não há a informação qualificada. O consumidor pode saber que fumar faz mal, mas não sabe que fumar mais de 30 a 40 cigarros por dia significa 85% de chances de câncer. (MARQUES, Cláudia Lima. Violação do dever de boa-fé de informar corretamente, atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha. Nexos causal entre a falha/defeito de informação e defeito de qualidade nos produtos de tabaco e o dano final morte. Responsabilidade do fabricante do produto, direito à ressarcimento dos danos materiais e morais, sejam preventivos, reparatórios ou satisfatórios. *Revista dos Tribunais*, ano 94, v. 835, p. 75-133, maio 2005).

¹² Sobre a atual negligência do dever de informação: “O defeito de informação consiste na ocultação, pela indústria do tabaco, de informações relevantes sobre o cigarro e os danos provocados por ele. O consumidor, diante disso, acaba prejudicado no sentido de proceder a uma escolha adequada quanto a aderir ou não ao consumo de cigarros. Tudo isso porque não é informado de maneira adequada, clara e ostensiva a respeito de sua nocividade e, muito menos, da especificação correta quanto à quantidade, características, composição, qualidade e tampouco dos riscos a que estará sujeito ao consumir aquele produto.

Os maços de cigarro vendidos no Brasil somente contêm informações sobre os níveis de nicotina, alcatrão e monóxido de carbono sem, no entanto, alertar, eficientemente, dos reais riscos que essas substâncias poderão acarretar à saúde dos consumidores.

Para que a informação fosse suficiente para que o consumidor pudesse fazer uma escolha adequada entre fumar e não fumar deveriam estar contidas, em uma espécie de bula de remédios, todas as substâncias nocivas contidas no cigarro, bem como sobre seus riscos para a saúde no caso de consumo ou exposição.

As singelas advertências acerca dos malefícios ocasionados pelo consumo de cigarros, inseridas nos maços vendidos no Brasil decorrem de previsão legal, mais especificamente, advêm do dever do Estado de adotar medidas com a finalidade de preservar a saúde da comunidade. Essas advertências não eximem as empresas fumígenas de seu dever de informar. Isso pelo simples fato de que tais informações partem do Estado e não das fabricantes do produto. As advertências são claras e expressas: “O ministério da saúde adverte...”.

Deveriam as indústrias do fumo informar aos consumidores quais as substâncias tóxicas ao organismo humano compõem o cigarro, a quantidade delas existente em cada unidade do produto, a origem do fumo utilizado na sua confecção, advertir dos inúmeros malefícios que o produto nocivo poderá gerar à sua saúde e, finalmente, sugerir um número de cigarros que poderá ser consumido, diariamente, sem acarretar-lhes maiores danos. Essas informações deveriam figurar em um prospecto que acompanharia o maço de cigarros, similar às bulas existentes junto aos medicamentos.” (DELFINO, Lucio. Responsabilidade civil e tabagismo no Código de Defesa do Consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.)

¹³ Acerca da inversão do ônus da prova em ações de indenização por danos decorrentes do fumo vide Nelson Nery Junior no parecer “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” e Lúcio Delfino, em seu livro “Responsabilidade civil e tabagismo no Código de Defesa do Consumidor”.

- ¹⁴ ALVES, José Carlos Moreira. A causalidade nas ações indenizatórias por danos atribuídos ao consumo de cigarros. LOPEZ, Teresa Ancona (coord). *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. 239-257.
- ¹⁵ Na mesma linha, Ruy Rosado de Aguiar Junior: “A relação de causalidade entre o uso do cigarro e a doença sofrida pelo paciente deve ficar demonstrada nos autos. Isso porque o simples fato de fumar não é condição necessária para o surgimento de doenças (não se conhece de doença cuja causa seja exclusivamente o cigarro) e também não é condição suficiente (nem todos os que fumam sofre de alguma doença que possa ser associada ao fumo). Tem que ser analisada a particularidade, os dados epidemiológicos são insuficientes para esse fim.”(AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Os pressupostos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e as ações de indenização por danos associados ao consumo de cigarros. LOPEZ, Teresa Ancona (coord). *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. 469-489).
- ¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória. Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. LOPEZ, Teresa Ancona (coord). *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. 277-374.
- ¹⁷ DELFINO, Lucio. Responsabilidade civil e tabagismo no Código de Defesa do Consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- ¹⁸ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Direito de [não] fumar: uma abordagem humanista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ¹⁹ CRUZ, Guilherme Ferreira da. A responsabilidade civil das empresas fabricantes de cigarros. *Revista de Direito do Consumidor*; ano 12, n. 47, p. 67-117, jul./set. 2003.
- ²⁰ Nesse sentido, apontam os pareceres de Álvaro Villaça Azevedo, Galeno Lacerda e Maria Celina Bodin de Moraes, integrantes do livro coordenado por Teresa Ancona Lopez, titulado *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco, aspectos civis e processuais*.
- ²¹ TEPEDINO, Gustavo. Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra dos fabricantes de cigarro. LOPEZ, Teresa Ancona (coord). *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. 195-238.
- ²² OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Direito de [não] fumar: uma abordagem humanista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.