



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Responsabilidade Civil dos Fabricantes de Cigarros

Carla Solayne Santos Pacheco

Rio de Janeiro
2009

CARLA SOLAYNE SANTOS PACHECO

A Responsabilidade Civil dos Fabricantes de Cigarros

Artigo Científico apresentado à Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,
como exigência para obtenção do título de
Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a Néli Fetzner
Prof^o Nelson Tavares
Prof^a Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FABRICANTES DE CIGARROS

Carla Solayne Santos Pacheco

Advogada, bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes e aluna do Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura – EMERJ.

RESUMO: No presente trabalho será debatido a questão da possibilidade jurídica da responsabilização civil das indústrias fumígenas pelos males causados à saúde dos consumidores advindos dos efeitos do tabagismo por meio de uma visão focada no Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, busca-se fazer uma análise crítica do tema, sem, no entanto, esgotar assunto tão rico.

PALAVRAS-CHAVE: Indústrias fumígenas, Consumidor, Cigarro, Tabagismo, Nicotina, Vício do produto, Publicidade ilícita, Princípio da Informação.

SÚMARIO: 1- Introdução. 2- Efeitos do tabaco no organismo humano. 3- O tabagismo e a relação de consumo. 4- Responsabilidade civil do fornecedor de cigarros pelo fato do produto. 5- A publicidade de produtos fumígenas. 6- Aspectos processuais. 7- Divergências jurisprudenciais. 8- Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste estudo é estimular o debate sobre um assunto que gera polêmica tanto na doutrina como na jurisprudência, qual seja, a possibilidade da responsabilização civil das indústrias fumígenas pelos males causados à saúde dos consumidores advindos dos efeitos do tabagismo.

Com o objetivo de cumprir o pretendido, serão analisados os efeitos do tabaco no organismo humano, a causa da sua dependência e as doenças que pode ocasionar o uso prolongado de tal substância, além de direcionar o estudo para uma ótica alicerçada no direito das relações de consumo, considerando o fumante nada mais que um consumidor.

Será discutida a questão da responsabilidade pelo fato do produto dirigida ao tabagismo, em que as normas do Código de Defesa do Consumidor serão interpretadas em favor da demonstração de que o cigarro se inclui no rol dos produtos potencialmente nocivos à saúde, bem como por ser um produto defeituoso em sua essência em razão de ser impróprio para o consumo desde o momento em que é produzido, o que gera a violação do dever de segurança.

Outro aspecto a ser debatido serão os efeitos da publicidade de produtos fumígenos e até onde se estende a responsabilização dos fabricantes de cigarros, que muitas vezes demonstram desrespeito aos princípios basilares da boa fé e da transparência ao vincularem o cigarro, por meio de peças publicitárias, a felicidade, a saúde, ao *glamour*, a pessoas bonitas e bem sucedidas, além de não informar, nessas campanhas de venda, as possíveis conseqüências advindas pelo uso prolongado do tabaco por meio da ocultação dessas informações de extrema importância.

Proceder-se-á, ainda, ao exame dos aspectos processuais em questão, como a inversão do ônus da prova em juízo, o nexo de causalidade entre o dano causado ao consumidor e a fabricação do cigarro, com o fim de comércio e lucro, com o objetivo de fomentar as discussões acaloradas sobre o assunto.

A metodologia utilizada, no presente trabalho, é a pesquisa doutrinária e jurisprudencial para corroborar a tese apresentada, além da legislação infraconstitucional vigente.

As questões norteadoras para embasar o estudo são as seguintes: quais os efeitos que o tabaco causa ao organismo humano? O uso do cigarro faz parte de uma relação de consumo? Há responsabilidade civil dos fabricantes de cigarros pelo fato do produto? Há nexo de causalidade entre o consumo do tabaco e a dependência da substância no organismo humano? Gera indenização de pleno direito os danos que o tabagismo causa ao usuário?

Em resumo, o objetivo do trabalho é fazer uma reflexão sobre a possibilidade de serem os fabricantes e fornecedores de cigarros responsabilizados pelos danos acarretados aos consumidores em razão da utilização prolongada desse produto que causa malefícios à saúde e dependência.

2. OS EFEITOS DO TABACO NO ORGANISMO HUMANO

No ano 1.000 antes de Cristo o tabaco já era usado por sociedades indígenas da América Central com fins terapêuticos, religiosos e purificadores. Com o tempo, seu uso foi se expandindo gradativamente para a Europa, sendo utilizado para fins medicinais, pois a sociedade da época acreditava que o tabaco era um remédio milagroso.

No entanto, apesar das recomendações contrárias dos médicos, que alertavam sobre os males que o consumo excessivo da substância poderia causar ao organismo humano, pessoas saudáveis começaram a utilizá-lo e a se tornarem dependentes do tabaco.

Em verdade, somente no século XX o cigarro começou a ser fabricado e comercializado, o que promoveu a sua propagação a partir de então, de forma descontrolada, por força do desenvolvimento das comunicações e da propaganda.

Atualmente, o consumo de cigarros é considerado uma das principais causas de morte e doenças prematuras evitáveis em todo o mundo. O vício de fumar atingiu proporções gigantescas, o que gerou a morte de mais de 4 milhões de pessoas em todo o planeta.

2.1. SUBSTÂNCIAS QUE COMPÕEM O CIGARRO

A fumaça do cigarro é composta por aproximadamente quatro mil e oitocentas substâncias tóxicas. Divide-se a sua composição em duas fases, uma gasosa e outra particulada. A fase gasosa é composta por monóxido de carbono, cetonas, formaldeído, acetaldeído e acroleína. Enquanto na fase particulada é onde se encontra a nicotina e o alcatrão, responsáveis pelo amarelamento dos dedos e dentes, além de concentrar quarenta e três substâncias cancerígenas, dentre elas o arsênico, o níquel, o benzopireno (derivado do petróleo e altamente cancerígeno), o cádmio (metal altamente tóxico, utilizado em pilhas e baterias, causa principalmente danos aos rins e ao cérebro), o chumbo, além de substâncias radioativas como o polônio 210, o carbono 14, o rádio 226 e o potássio 40.

Cada vez que um fumante aspira a fumaça do cigarro, introduz em seu organismo substâncias altamente tóxicas que traz danos irreversíveis à saúde, substâncias essas como: amônia (é utilizada para a limpeza de pisos e azulejos, podendo cegar e até matar), benzeno, acetona (é utilizada para remover esmaltes, pode irritar a pele e a garganta, provocando dor de cabeça e tontura), formol (é utilizado para a conservação de cadáveres, podendo causar câncer de pulmão e problemas respiratórios), propilenoglicol (faz com que a nicotina chegue mais rápido ao cérebro), acetato de chumbo (é substância cancerígena, atrapalha o crescimento de crianças e adolescentes, podendo causar câncer de pulmão e nos rins),

methoprene, naftalina (é usado para matar baratas, podendo causar tosse, irritação na garganta, náuseas e anemias), fósforo (é usado na preparação de veneno para ratos, as indústrias se recusam a informar a quantidade dessa substância presente na produção do cigarro), terebentina (a inalação irrita os olhos, rins e mucosas, provoca vertigens e tonturas), xileno (é uma substância inflamável e cancerígena presente nas tintas de caneta, pode provocar pneumonia), butano (utilizado como gás de cozinha, é mortífero e altamente inflamável, causa falta de ar e problemas de visão), além de muitos outros gases tóxicos.

No entanto, a principal substância presente no cigarro que causa mais danos à saúde é a nicotina. É considerada pela maioria dos profissionais da medicina uma substância psicotrópica, responsável pela dependência e vasoconstrição, que atua em vários sistemas do organismo humano, o que gera lesão a praticamente todos os órgãos.

É considerada substância altamente farmacológica. A dependência física que gera costuma ser mais intensa do que a provocada pela cocaína e heroína e se estabelece com grande rapidez, dentro de um período de um a três meses.

A nicotina atua no sistema parassimpático e dá a sensação de bem estar ao fumante, que a longo prazo se habitua a essa sensação, não conseguindo mais ficar sem as cargas regulares da droga em seu corpo. Em casos de extrema dependência, se o fumante ficar alguns dias sem o cigarro, começam a aparecer os primeiros sinais da abstinência, como a irritabilidade, a ansiosidade, a insônia e até mesmo a vontade de vomitar.

Além disso, quando usada por muito tempo, provoca o desenvolvimento da tolerância no organismo da pessoa, o que a leva a consumir um número cada vez maior de cigarros para conseguir sentir os mesmos efeitos que originalmente sentia com dosagens menores.

Dessa forma, verifica-se que o cigarro é composto por um conjunto de substâncias tóxicas que ao ser introduzido no organismo humano desencadeia uma verdadeira “bomba” de produtos químicos que pode gerar futuramente graves problemas à saúde do indivíduo e dos que vivem a sua volta.

2.2. ENFERMIDADES OCASIONADAS PELO TABAGISMO

O tabagismo é reconhecido pela Organização Mundial de Saúde como uma doença epidêmica resultante da dependência de nicotina e classificada no grupo dos “Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de fumo”, na Décima Revisão da

Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10).

O fumo é responsável “por 30% das mortes por câncer, 90% das mortes por câncer no pulmão, 25% das mortes por doenças coronarianas, 85% das mortes por doenças pulmonares obstrutivas crônicas e 25% das mortes por doença cerebrovascular, além de estar relacionado direta ou indiretamente com diversas outras doenças” SILVA (1998, p. 19).

Serão destacados abaixo, de forma sucinta, algumas doenças e problemas diretamente causados pelo cigarro:

a) Câncer de pulmão: é a mais grave e fulminante das doenças associadas ao tabagismo. Os pesquisadores descobriram que as lesões pré cancerosas aumentam na medida em que os níveis do tabaco se elevam no organismo, havendo comprovação científica da relação cigarro-câncer.

b) Doenças coronarianas: fumar acelera os batimentos cardíacos, eleva a pressão sanguínea e aumenta o risco de hipertensão e de obstrução das artérias, o que pode causar, com o tempo, ataques cardíacos e derrame cerebral.

c) Bronquite crônica e enfisema pulmonar: a bronquite crônica cria uma acumulação de muco purulento, que resulta em tosse com dores e dificuldade de respirar, enquanto que o enfisema pulmonar ocorre quando há uma dilatação e ruptura dos alvéolos pulmonares, o que reduz a capacidade dos pulmões de receber oxigênio e expelir dióxido de carbono.

d) Acidentes vasculares cerebrais: é a doença chamada popularmente de derrame cerebral, que resulta de um sangramento do cérebro e leva à paralisia do corpo ou ao estado de coma e morte.

e) Enfraquecimento do sistema imunológico: o fumo deixa o corpo mais vulnerável a doenças como o lúpus eritematoso, que provoca perda de cabelo, ulcerações na boca, no rosto, no couro cabeludo e nas mãos.

f) Doença dos olhos: o tabagismo agrava várias afecções nos olhos, o que resulta em uma incidência 40% maior de catarata em pessoas fumantes, e gera também a degeneração macular, que é uma doença incurável dos olhos, causada pela deterioração da parte central da retina.

g) Irritação do nariz com consequência no olfato, insensibilidade dos órgãos do paladar e perda da audição antecipada em 16 anos em relação aos não fumantes.

h) Câncer uterino e abortamento: além de aumentar o risco de câncer cervical e uterino, o fumo cria problemas de fecundidade para as mulheres, bem como complicações durante a gravidez e no parto.

i) Diminui a libido e causa deformação dos espermatozóides: fumar diminui o desejo sexual, o que pode acarretar até mesmo em impotência, além de ocasionar a deformação dos espermatozóides, fato este que pode gerar o abortamento e defeitos congênitos.

j) Envelhecimento precoce: o tabaco no organismo envelhece a pele prematuramente, pois remove proteínas que lhe dão elasticidade, privando-a de vitamina A e restringe a circulação do sangue.

k) Câncer de garganta e de pele: o câncer de garganta é causado pelo efeito irritante contínuo de agentes químicos existentes na fumaça do cigarro, que muitas vezes dilacera as cordas vocais. O câncer de pele é provocado pelo aparecimento de escamas e erupções avermelhadas.

l) Duplica as chances de perda dos dentes, retarda o desenvolvimento dos dentes permanentes em crianças expostas à fumaça e deixa o hálito com odor fétido.

m) Osteoporose: os ossos do fumante perdem densidade, fraturam-se mais facilmente e levam até 80% mais tempo para se recuperar, além de serem mais suscetíveis a problemas da coluna vertical.

n) Úlcera gástrica: o fumo compromete a capacidade do estômago de neutralizar os ácidos após uma refeição, o que gera lesões que desencadeiam em úlcera. As úlceras dos fumantes são mais difíceis de tratar e têm mais probabilidade de ocorrer.

o) Doença de Buerger: é a inflamação das artérias, das veias e dos nervos das pernas, o que causa a restrição do fluxo sanguíneo. Se não tratada a tempo, pode resultar em gangrena e na amputação das áreas comprometidas.

2.3. O TABAGISMO PASSIVO

A fumaça do tabaco dispersa no ambiente contém todos os componentes tóxicos que o fumante inala, porém em concentrações maiores. Essa fumaça que se espalha pelo ambiente faz com que pessoas próximas, não fumantes, denominadas de fumantes passivos, aspirem suas concentrações tóxicas.

Um estudo feito por pesquisadores americanos demonstra que pessoas que convivem em ambiente doméstico com fumantes ativos ou trabalham em lugares onde a concentração da fumaça do cigarro é elevada acabam por inalar involuntariamente uma dose diária equivalente a quatorze cigarros, o que gera, muitas vezes, a morte por câncer pulmonar ou outras doenças provocadas pelo tabaco, sem nunca terem fumado um único cigarro na vida.

Assim, verifica-se que os fumantes passivos sofrem os efeitos imediatos da inalação da fumaça do cigarro, o que pode gerar nessas pessoas as mesmas conseqüências e malefícios à saúde se comparados aos fumantes ativos, como, por exemplo, irritação nos olhos, tosse, cefaléia, aumento dos problemas alérgicos, problemas cardíacos e até mesmo câncer de pulmão.

3. O TABAGISMO E A RELAÇÃO DE CONSUMO

3.1. ASPECTOS GERAIS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

A relação jurídica de consumo, em linhas gerais, caracteriza-se pela presença de três elementos, quais sejam: o consumidor, o fornecedor e o produto ou serviço.

Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, existindo também a figura do consumidor por equiparação, sendo esta a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Para que uma pessoa seja efetivamente consumidora é necessário que ao adquirir um produto seja a destinatária final, ou seja, é necessário que ela tire o produto definitivamente de circulação do mercado para suprir uma necessidade pessoal pondo fim a cadeia de produção, sem a intenção de revenda ou comercialização.

O conceito de consumidor vem sendo alargado ao longo do tempo para atender a realidade da sociedade atual.

O CDC equipara o consumidor a coletividade de pessoas, ainda que não façam parte de qualquer relação direta de consumo e ainda que não sejam destinatárias finais, mas que sofram os efeitos negativos dessas relações. Como por exemplo, quando o fornecedor veicula publicidade enganosa ou abusiva que atinge a sociedade em massa, não sendo necessário que seja adquirido o produto ou serviço ou tenha gerado danos efetivos com a divulgação.

Igualmente é equiparado a consumidor o sujeito que não fez parte da relação entre consumidor e fornecedor, mas foi vítima de acidente de consumo, oriundo desse negócio jurídico.

Fornecedor é qualquer pessoa física, ou seja, qualquer pessoa que a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil de forma habitual, ofereça no mercado produtos ou serviços, e a jurídica, da mesma forma, mas em associação mercantil ou civil e de forma habitual.

Com relação ao objeto sobre o qual recai a relação jurídica de consumo, o Código de Defesa do Consumidor a denomina de produto ou serviço. Produto é definido no art. 3º, §1º, como sendo “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”, enquanto que serviço é definido no art. 3º, §2º como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”.

3.2. INTERESSES OU DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O Código de Defesa do Consumidor passou a prever a possibilidade de os consumidores pleitearem em juízo, tanto de forma individual como de forma coletiva, com o fim, também, de possibilitar uma maior celeridade processual.

Os interesses ou direitos difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, conforme dispõe o art. 81, I do CDC e tem eficácia *erga omnes*. São interesses ou direitos que atingem uma categoria praticamente indeterminável de indivíduos.

Em resumo, “o interesse do consumidor só será verdadeiramente difuso se houver absoluta impossibilidade de se identificarem as pessoas ligadas pelo mesmo laço fático ou jurídico” MAZZILLI (1991, p. 48).

Os interesses ou direitos coletivos são os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, conforme dispõe o art. 81, II do CDC e tem eficácia *ultra partes*.

Os interesses ou direitos individuais homogêneos, entretanto, são os decorrentes de origem comum, conforme dispõe o art. 81, III do CDC, ou seja, os titulares deverão ser determinados ou determináveis, o que já os diferencia dos direitos difusos, além de compartilharem de prejuízos de origem comum.

Além disso, a reparação dos danos, neste caso, será sempre divisível e poderá variar entre os integrantes do grupo, uma vez que o conteúdo social da causa deve ser relevante para distinguir-se dos direitos puramente individuais e justificar o seu caráter coletivo.

3.3. RELAÇÃO ENTRE O CONSUMIDOR E O FABRICANTE DE CIGARROS

Na relação entre aquele que adquire cigarros para uso pessoal e aquele que o fabrica existe uma relação de consumo propriamente dita, uma vez que o consumidor é aquele que compra e utiliza o produto (cigarro) como destinatário final e o fornecedor é aquele que coloca o bem em circulação no mercado e assume os riscos inerentes ao produto.

Estão presentes no caso exposto acima os três elementos que configuram a relação de consumo, quais sejam: o elemento subjetivo (o fumante e o fabricante), o elemento objetivo (cigarro) e o elemento teleológico (destinatário final).

Além dessa relação individual entre consumidor e fornecedor especificamente, também ocorre a relação deste com a coletividade de fumantes, uma vez que há a possibilidade de um grupo prejudicado pelo fumo propor ação coletiva em face de um mesmo produtor, para pleitear ressarcimento de danos para aqueles que se encontram na mesma situação fática e jurídica, já que o CDC passou a prever os chamados interesses ou direitos individuais homogêneos. Dessa forma, conclui-se que a coletividade de fumantes é equiparada a consumidor conforme dispõe a doutrina e a jurisprudência relevante sobre esse assunto.

O fumante passivo também deve ser considerado como tal, já que a Lei 8.078/90 ao “proteger a coletividade e, no caso da responsabilidade civil, teve que criar a figura do

consumidor equiparado, isto é, aquele que não consome, mas que, pela sua vulnerabilidade na situação concreta, vai ser equiparado ao consumidor” MARQUES (2000, p. 110).

O tabagista passivo é aquele que, apesar de não fumar, inala a fumaça produzida por outros fumantes constantemente, o que pode provocar, a longo prazo, malefícios à sua saúde.

Tome-se, como exemplo, uma pessoa não fumante que trabalha em um restaurante fechado onde a fumaça do cigarro é continuamente produzida por vários fumantes no local, sempre em contato direto com a fumaça tóxica do produto em razão da convivência nesse ambiente. Passados vários anos, essa mesma pessoa que nunca fumou, vê-se acometida por um câncer de pulmão, comprovadamente, provocado pelo tabagismo. Esse fumante passivo poderia utilizar-se do Código de Defesa do Consumidor para conseguir ressarcimento por meio judicial? Segundo o art. 17 desse Diploma Legal, ele será considerado consumidor por equiparação, e pode, como tal, requerer em juízo tudo aquilo a que teria direito um fumante inveterado que se encontrasse na mesma situação.

Segundo o prescrito no art. 29 do CDC, a coletividade exposta à publicidade enganosa e abusiva também é tida como consumidora por equiparação legal. Este tipo de publicidade ilícita pode envolver tanto interesses difusos, individuais homogêneos, como individuais.

No caso da publicidade de cigarros, geralmente, há informações enganosas e abusivas, que mostram o fumante em situações de vitória, conquistas, *glamour*, poder e sedução, sem, no entanto, retratar os verdadeiros efeitos que o consumo habitual do cigarro pode causar à saúde. Trata-se, nesses casos, dos chamados interesses ou direitos difusos, já que uma coletividade indeterminada de pessoas é atingida pela influência dessas propagandas, sem necessariamente precisar que se efetive qualquer dano real, basta a simples estimulação da peça publicitária enganosa.

Agora, ocorrerá o que se chama de interesses individuais homogêneos quando a publicidade ilícita tiver conseguido causar um dano efetivo aos direitos dos consumidores. Quando a propaganda tiver realmente induzido uma pessoa a formar uma imagem errônea do ato de fumar, e com isso a estimule a realizar a sua iniciação neste hábito, por fazê-la acreditar, que ao fumar, se tornaria mais sedutora, mais atraente e até mesmo mais confiante, por exemplo.

Assim, “se a publicidade do cigarro foi meio condicionante para uma coletividade fumar e o cigarro acabou por gerar danos à saúde de seus integrantes, estar-se-á diante dos interesses e direitos individuais homogêneos” DELFINO (2002, 76).

Quanto ao fornecedor de cigarros, existem como representantes a Souza Cruz S.A., controlada pelo grupo *British American Tobacco PLC* e a *Philip Morris* do Brasil, que se destacam como os maiores fabricantes de cigarros.

Invernizzi (2007), em seu estudo, informa que no Brasil, foram ajuizadas, até agora, 508 ações indenizatórias dessa natureza contra a Souza Cruz e nessas ações, já foram proferidas 298 decisões rejeitando os pedidos de indenização. Há, no entanto, 12 decisões pendentes em curso, em que os fumantes e suas famílias saíram vitoriosos. As 199 decisões definitivas já proferidas pelo Judiciário afastaram as pretensões indenizatórias.

Com relação ao objeto sobre o qual incide a relação consumerista é o cigarro comercial o principal produto proveniente do tabaco, que pode ser conceituado como uma pequena porção de tabaco e mais inúmeras químicas tóxicas, enrolado em papel fino para se fumar. Sendo, no entanto, um produto não durável e consumível, potencialmente nocivo à saúde e inseguro para os que o utilizam e para os que ficam expostos a ele.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE CIGARROS PELO FATO DO PRODUTO

A Lei 8.078/90 determinou, em seu art. 12, que a responsabilidade civil seria objetiva na relação de consumo, ou seja, independe da demonstração de culpa do agente causador do dano, ao contrário do que dispunha o Código Civil de 1916 que, no caso de responsabilidade, se revestia da característica subjetiva, em que era necessário provar a culpa do lesionante para que fosse possível a indenização.

Por essa nova ótica da responsabilidade civil, disposta no CDC, os fornecedores tiveram que começar a assumir os riscos inerentes à sua atividade e o ônus da prova se tornou invertido, para que ele próprio, em juízo, demonstre que não contribuiu para o fator que

causou o dano e passou a ser de sua responsabilidade garantir a solidez e segurança de seus produtos e serviços disponibilizados no mercado.

Como leciona Sergio Cavalieri Filho, “todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa” CAVALIERI FILHO (2000, p. 366).

O novo Código Civil de 2002, em seu art. 198, parágrafo único, incorporou formalmente a teoria do risco já disposta no CDC que dispõe que “haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem”.

Ademais, além do que está disposto no art. 198, parágrafo único do Código Civil sobre a teoria do risco, o art. 931 do mesmo Diploma Legal foi mais além, uma vez que dirige a responsabilidade pelo fato do produto, de modo mais específicos, as empresas, impondo-lhes responsabilidade objetiva pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

Pode-se dizer que o art. 931 amplia o conceito de “fato do produto” disposto no art. 12 do CDC e imputa a responsabilidade civil às empresas e aos empresários individuais vinculados à circulação de produtos, o que inclui, também, os riscos do desenvolvimento da atividade empresarial.

Esses dispositivos mencionados (art. 927, § único e art. 931 do Código Civil) impõem a obrigação da ré, fabricante de cigarros, a indenizar os prejuízos materiais e morais sofridos por fumantes ativos e passivos, uma vez que o cigarro causa danos a saúde e a atividade desenvolvida implica, por sua natureza, em riscos para os fumantes e terceiros atingidos pela fumaça. O que leva a empresa fabricante a responder, independentemente de culpa, pelos danos causados pelos cigarros postos em circulação.

Além dessas regras dispostas no Código Civil, o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que tanto o fabricante, como 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.

Essa regra está em plena consonância com o objetivo principal do CDC que é o de proteção do consumidor, parte mais vulnerável na relação jurídica, já que terá sempre direito à reparação por danos sofridos devido ao defeito do produto, independente de culpa do fornecedor, uma vez que é sempre dever deste garantir a segurança necessária ao produto que será posto em circulação.

4.1. PERICULOSIDADE E NOCIDIDADE INERENTE AO CIGARRO

O bem jurídico tutelado é a proteção da saúde e da segurança, que nada mais é do que a busca pela preservação do bem maior pertencente ao ser humano, a vida.

O legislador brasileiro definiu os produtos conforme o seu nível de periculosidade e nocividade, sendo possível delimitar três espécies de produtos, quais sejam:

1º Grupo) Produto de riscos considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição (art. 8º da Lei 8.078/90);

2º Grupo) Produtos potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança (art. 9º da Lei 8.078/90);

3º Grupo) Produtos que apresentam alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança, sendo vedado ao fornecedor colocá-los no mercado (art. 10 da Lei 8.078/90).

Ao observar cada grupo, é possível fazer uma análise de qual deles incidiria o produto cigarro.

O uso constante do tabaco pode causar no organismo humano uma série de doenças já expostas na parte primeira deste estudo, como câncer de todas as espécies, doenças coronarianas, acidentes vasculares cerebral, dentre outras, o que não se pode considerar tais riscos como causas normais e previsíveis em decorrência da fruição e natureza do produto.

A composição total do cigarro é desconhecida pelo consumidor de inteligência mediana, além de o próprio fornecedor buscar omitir tal conhecimento, já que não divulga as substâncias que compõem o cigarro e as conseqüências advindas de seu consumo prolongado. Dessa forma, não se pode enquadrar o cigarro no contexto do art. 8º da Lei 8.078/90, devendo ser eliminada a primeira hipótese de incidência.

Quanto ao segundo e terceiro grupos, naquele os produtos podem ser colocados no mercado de consumo, apesar de potencialmente perigosos ou nocivos, enquanto que neste,

a norma proíbe a sua colocação no mercado de consumo por apresentarem alto grau de nocividade ou periculosidade.

O cigarro, dependendo da interpretação, poderia integrar o rol de qualquer desses dois últimos grupos, já que apresenta alto grau de nocividade e periculosidade à saúde do consumidor, por ser um produto que mesmo que seja utilizado conforme orientação de seus fornecedores, ainda assim pode matar.

Porém, apesar de poder vir a se enquadrar no 3º grupo, descrito no art. 10 da Lei 8.078/90, não foi proibida a venda do cigarro no Brasil, ou seja, poderá o cigarro ser comercializado, uma vez que existem até mesmo leis que regulam o seu uso e a sua publicidade. Assim, descartando-se o seu enquadramento no 3º grupo, presume-se que a hipótese de incidência admitida é a do 2º grupo, disposta no art. 9º da Lei 8.078/90.

Conclui-se, então, que o cigarro é um produto potencialmente nocivo ou perigoso à saúde de seus consumidores, sendo sua comercialização admitida, desde que seus fornecedores informem, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, o que não vem sendo cumprido pelos fornecedores de cigarro e com isso faz gerar o dever de indenizar.

4.2. DEFEITOS E VICIOS DO PRODUTO

O CDC dispõe de duas espécies de responsabilidade, quais sejam: por vícios do produto, que é o vício de quantidade e de qualidade e por fato do produto, que é o dano real causado aos consumidores por um defeito inerente ao produto.

O vício é uma característica que faz parte da composição e jamais atinge a pessoa do consumidor, enquanto que o defeito vai além do produto, sendo capaz de causar danos à sua saúde ou à sua segurança, e por isso é chamado de acidente de consumo.

Percebe-se, claramente, que o consumidor de cigarros é vítima de defeitos do produto, uma vez que é atingido em sua própria incolumidade física e psíquica, tendo como consequência, em função do uso prolongado do tabaco, sua saúde debilitada ou sua vida aniquilada.

Os defeitos do produto podem ser divididos em três categorias, quais sejam: defeitos de criação, defeitos de produção e defeitos de informação. O 1º defeito é referente ao erro no projeto e na formulação, ou seja, é o erro na própria substância que compõe o produto que pode vir a causar danos à saúde e à segurança do consumidor. O 2º defeito é o

adquirido no momento da fabricação devido a falhas previsíveis do trabalho humano. Já o 3º defeito é uma violação ao princípio da transparência e da veracidade, ao omitir informações sobre a natureza do produto ao consumidor.

Descarta-se, desde logo, a possibilidade de ocorrência de defeito de produção no caso de fabricação para o fumo, verifica-se apenas a ocorrência de defeito de criação e de informação.

A comercialização do tabaco, apesar de causar graves prejuízos à saúde dos consumidores e aos cofres públicos, é lícita no Brasil, o que permite às indústrias fumígenas agirem no exercício regular de seu direito. No entanto, apesar dessa legalização, o cigarro produzido apresenta em sua composição um defeito de concepção que é a nicotina, já que essa é que é a verdadeira responsável pela dependência física do fumante, o que leva a pessoa a consumir o cigarro em quantidade cada vez mais elevada e de forma quase que involuntária, já que sua vontade fica prejudicada pela indução orgânica e psicológica que o vício pela nicotina provoca.

É bem verdade que, no Brasil, ao contrário de outros países, não há comprovação técnica suficiente para demonstrar que a nicotina é substância capaz de gerar dependência, nem há a inclusão dessa substância no rol das classificadas como psicotrópicas pela Agência Nacional de Saúde, apesar de ser reconhecida como droga pela Organização Mundial de Saúde.

Em função disso deverá sempre ser invertido o ônus da prova em juízo, para que as empresas fumígenas possam provar que a nicotina não é substância capaz de causar dependência ao organismo humano e que a tese sustentada por elas, de que a nicotina apenas serve para acentuar o sabor do cigarro, é verdadeira.

Certamente, como tais empresas não conseguiriam sustentar essa tese, teriam os fumantes, que sofreram conseqüências pelo uso do cigarro, sucesso em suas ações, pois estaria evidenciado o defeito de concepção.

Outro defeito que apresenta o cigarro, como já citado, é o defeito de informação. Os consumidores, seja de qualquer produto ou serviço, têm o direito de ser informado pelo fornecedor sobre a composição e possíveis riscos que aqueles podem causar à sua saúde e à sua segurança, devendo as informações serem prestadas de maneira clara, adequada e ostensiva. Já os fornecedores de produtos potencialmente nocivos ou perigosos, como se dá com o cigarro, tem essa obrigação ainda mais acentuada, haja vista as graves conseqüências que o uso indiscriminado do produto pode ocasionar.

Ocorre que a publicidade de cigarros produzida e divulgada no Brasil não respeita o dever de informar adequadamente, já que ocultam informações de extrema importância, além de não ser feita a descrição correta e completa na embalagem do produto quanto à sua composição, tampouco divulga os riscos reais a que estarão sujeito aqueles que optarem por aderir ao consumo do tabaco.

O consumidor tem o direito de obter todas as informações sobre as substâncias nocivas contidas no cigarro para que possa tomar a decisão correta, entre fumar e não fumar, e assim, tenha a real consciência sobre todas as conseqüências possíveis advindas de sua decisão.

Vale dizer que apesar de nas embalagens dos produtos fumígenos constar o alerta dizendo que “fumar faz mal à saúde” e divulgar imagens aterrorizantes de ex-fumantes, tais informações são insuficientes e pouco esclarecedoras. Além disso, tal iniciativa têm decorrido, no momento, tão somente do Estado, que têm o dever legal de conscientizar a sociedade sobre os agravos à saúde que o uso do tabaco pode ocasionar, o que não se permite que por isso, as próprias empresas fabricantes fiquem livres do seu dever de informar claramente sobre os malefícios do cigarro. Tais informações devem ser prestadas tanto pelo Ministério da Saúde, como, também, pelos próprios fornecedores, como obriga a lei.

Dessa forma, observa-se que as indústrias do tabaco desrespeitam a lei ao não cumprir com o seu dever legal de informação eficiente, o que associado ao fato de que, no Brasil, grande parte da população tem baixa instrução e excessiva ignorância, fica agravado o defeito de informação.

4.3. SEGURANÇA DOS PRODUTOS FUMÍGENAS

A segurança do produto é determinada pela análise de três circunstâncias dispostas no art. 12, §1º e seus incisos da Lei 8.078/90, quais sejam: apresentação, uso e risco que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi colocado em circulação.

A apresentação, disposta no art. 12, §1º, I do CDC, refere-se à própria divulgação e à informação sobre o produto com o fim de incrementar a sua comercialização.

Conforme dispõe a Lei Consumerista, o fabricante deve assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre

outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e à segurança dos consumidores.

Como se vê, há a obrigação de os fornecedores prestarem informações ao consumidor de forma clara, ou seja, de forma inteligível, de maneira específica, que evite qualquer confusão de interpretação, com ostentação das informações, divulgando-as em lugar de fácil visualização, de maneira verídica, prestando informações corretas quanto às características do produto, além de serem apresentadas em português, para fácil entendimento.

Ocorre que os fabricantes da indústria do fumo não respeitam tais disposições, uma vez que omitem informações necessárias, obrigatórias e de extrema importância sobre as consequências nocivas do cigarro, já que não informam aos consumidores sobre todas as substâncias tóxicas que o compõem, além de não divulgarem a quantidade e nem os riscos e consequências do que cada uma delas podem gerar no organismo humano a longo prazo.

Quanto à análise da circunstância disposta no inciso II do §1º do art. 12 do CDC, pode-se dizer que os consumidores brasileiros não sabem sobre a forma de uso e sobre os riscos que razoavelmente se pode esperar do cigarro, já que tal produto não vem com instruções de uso, sobre a quantidade razoável que se pode fumar ao dia e não há informações preventivas sobre os riscos inerentes ao produto.

A incidência de miséria e ignorância social em que vive grande parte da população brasileira demonstra que não se tem como afirmar que o consumidor tem plena consciência do quanto o cigarro é nocivo à saúde. A própria publicidade vincula o seu uso à prática de esportes, sucesso profissional e social, fama, maturidade e beleza, o que estimula o consumidor a adquirir o produto para obter todos ou alguns desses benefícios que são divulgados de modo associativo ao fumo, fazendo-o acreditar que o cigarro não é tão prejudicial como parece.

Verifica-se que a publicidade referente ao tabaco não demonstra a realidade e a veracidade sobre as consequências graves que o fumo pode causar à saúde do consumidor, que em nada se assemelha às informações visuais prestadas nessas peças publicitárias.

Assim, o argumentam essas empresas, para se eximir de sua responsabilidade, que o consumidor fuma porque quer, no entanto, tal alegação não procede, já que, quando ainda não dependente, o consumidor começa a fumar devido a essa quantidade enorme de publicidade persuasiva que o estimula a obter os benefícios inverídicos da publicidade enganosa, e quando já dependente, fuma quase que de forma involuntária, uma vez que sua

vontade fica prejudicada pela indução orgânica e psicológica que o vício pela nicotina provoca.

Com relação a terceira circunstância do art. 12, §1º, III do CDC, deve ser observada, para avaliar a segurança de um produto, a época em que ele foi colocado em circulação no mercado.

Trata-se, nesse caso, da teoria dos riscos em desenvolvimento, que são “aqueles riscos que correm os fornecedores por defeitos que somente se tornam conhecidos em decorrência dos avanços científicos posteriores à colocação do produto no mercado de consumo” DENARI (1995, p. 163). Esse tipo de risco não foi adotado pelo CDC, sendo, portanto, uma excludente de responsabilidade do fornecedor.

Porém, essa exclusão não pode beneficiar os fabricantes do fumo, já que, desde os primórdios da confecção do cigarro, a sociedade científica alertava sobre os malefícios causados pelo tabaco no organismo humano, embora os fabricantes ignorassem a veracidade desses estudos.

5. A PUBLICIDADE DE PRODUTOS FUMÍGENAS

No Brasil, somente com o Código de Defesa do Consumidor é que a publicidade veio a ser restringida e regulamentada, já que até então era ignorada pelo direito, que não o reconhecia como método persuasivo de grave repercussão na sociedade se realizado de forma irresponsável. Recentemente, uma lei foi aprovada pelo Congresso Nacional para proibir a publicidade do cigarro após anos em tramitação.

A publicidade é toda comunicação feita, através de qualquer meio, com o objetivo de influenciar o público em favor de algum produto ou serviço, ou seja, busca influir decisivamente na formação da escolha do consumidor.

A publicidade do cigarro nunca teve como objetivo a informação real das conseqüências de seu uso, já que se fosse assim, a compra de tal produto se reduziria drasticamente e as indústrias iriam à falência. O que se busca fazer é associar a utilização do

fumo como fator determinante para se ter uma vida bem sucedida, ativa, feliz e cheia de aventuras radicais, com o fim de alavancar a sua comercialização.

A indução ao consumo que proporciona a publicidade, para gerar indenização, tem que levar a pessoa a ter uma falsa noção daquilo que se espera do produto, ou seja, quando a informação for inteira ou parcialmente falsa, ou for capaz, por qualquer outro meio, de iludir e induzir o consumidor ao erro. Erro esse que levou a pessoa a adquirir o produto, uma vez que, se tivesse conhecimento da informação que foi omitida pelo fabricante, não teria concretizado o negócio.

Deve-se considerar, ainda, que para se aferir a natureza abusiva ou enganosa da publicidade não é necessário que ocorra de fato um dano, basta que haja perigo ou a possibilidade da ocorrência de uma lesão.

Ao analisar o quanto que a publicidade foi capaz de enganar alguém, deve-se atentar para o nível de cultura que a pessoa tem, já que uma determinada propaganda pode induzir a erro determinada categoria de consumidores, de baixo nível cultural e mais influenciada, enquanto que por outro lado, essa mesma publicidade, provoca sarcasmo ou desconfiança em outra categoria de consumidores. O que se deve é avaliar cada caso em particular.

A capacidade de indução ao engano das publicidades do tabaco é evidente, já que existe omissão quanto às características e conseqüências do produto, uma vez que qualquer informação verídica causaria uma diminuição considerável do consumo, o que não seria economicamente viável para o fabricante.

O fato de a publicidade também fazer apologia ao cigarro, vinculando-o às atividades e situações que nada condiz com a realidade dos fatos, traduz o seu caráter abusivo por acabar em iludir e influenciar as pessoas a aderirem ao tabagismo e, posteriormente, se tornarem dependentes.

Lucio Delfino (2002) leciona, em sua obra, que a publicidade de produtos potencialmente perigosos, jamais poderá ter características persuasivas, já que a ênfase a persuasão gera a idéia de que o produto aparenta ser pouco ou nada perigoso e sua capacidade de aniquilar a saúde dos consumidores é colocada em segundo plano.

Concluindo-se, a publicidade enganosa e abusiva dos produtos fumígenas acaba por tolher a liberdade de escolha, já que o produto não passará por uma análise crítica por parte do consumidor, uma vez que só conseguirá enxergar os benefícios, amplamente divulgados nas peças publicitárias, que não condiz com a realidade dos fatos.

6. ASPECTOS PROCESSUAIS

6.1. PROVAS QUE DEVERÃO SER APRESENTADAS PELO AUTOR

Apesar de existirem provas que devem necessariamente ser apresentadas pelo réu ao ser invertido o ônus da prova, existem outras que para dar início ao processo precisam ser demonstradas, em juízo, pelo autor da demanda, quais sejam: de que é ou era fumante, a marca de cigarro que consumia ou consome, que a enfermidade adquirida tem nexos de causalidade com o tabagismo e os danos suportados.

No primeiro aspecto, é necessário que o autor prove ou seus herdeiros, em caso de falecimento, que o *de cuius* era fumante. Essa prova normalmente se produz mediante testemunha. Também é imprescindível, no segundo aspecto, que a marca de cigarros utilizada seja demonstrada para que se possa demandar contra o fabricante correto, verdadeiro causador do dano e se possa pleitear a indenização.

O terceiro aspecto é o nexos de causalidade em que o autor deverá demonstrar o fato de que a doença adquirida, ou morte ocorrida, deveu-se pelo uso de cigarros.

Entretanto, ao analisar cada caso, se for de imperiosa dificuldade para o autor demonstrar tal nexos de causalidade, deverá ele convencer o juiz a inverter o ônus da prova a seu favor, para que fique a cargo das empresas de cigarros a demonstração da inexistência desse liame entre o fato danoso e os prejuízos sofridos, sempre observando as peculiaridades de cada situação.

A última prova é a existência dos danos, que deve ser demonstrada, uma vez que são justamente eles que serão reparados em caso de responsabilização por parte das fabricantes do fumo. Existem três espécies de dano que podem ser alegados pelo autor, quais sejam: danos patrimoniais, danos morais e danos estéticos.

O direito a indenização pelos danos causados pelo cigarro valem para os fumantes ativos e igualmente para os fumantes passivos, já que ambos encontram-se em um mesmo contexto fático e jurídico.

6.2. O DIREITO DOS ENTES FEDERATIVOS À INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS

Existe a obrigação das empresas fabricantes de cigarros de indenizar, também, os danos materiais promovidos contra o patrimônio público decorrentes das despesas do Estado com o tratamento e prevenção de doenças provocadas ou agravadas pelo tabaco.

Pode-se concluir que não é pequeno o prejuízo causado pelo cigarro ao sistema público de saúde, uma vez que milhares de pessoas morrem a cada ano em decorrência do tabagismo.

No Brasil, o governo custeia o tratamento médico de milhões de pessoas portadoras de doenças decorrentes do vício do cigarro, além de custear campanhas publicitárias de prevenção e informação da população, tendo o fabricante concorrido diretamente para a causa dessas despesas, o que gera uma onerosidade excessiva e indevida aos cofres públicos e promove prejuízos inimagináveis aos entes federativos.

As empresas fumígena respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados às vítimas do defeito do produto e a situação do Estado assemelha-se, para fins de direito à indenização, às vítimas do evento, uma vez que a dicção do art. 17 do CDC não limita o alcance da interpretação, equiparando os consumidores diretos àqueles que sofrem prejuízos por parte da relação de consumo, mesmo que indiretamente.

Assim, a responsabilidade deve ser recíproca, já que, como o Estado não deve prejudicar o empreendedor particular, esse também não deverá causar danos aos cofres públicos em função do exercício de sua atividade empresarial.

Em suma, a mesma fundamentação usada pelos fumantes ativos e passivos para requerer o ressarcimento dos prejuízos materiais sofridos em razão do tratamento das doenças provocadas pelo fumo, pode ser usada, igualmente, para fundamentar o direito do Poder Público em requerer indenização pelas despesas com a saúde pública derivada do tratamento dos mesmos males.

6.3. FATOS NOTÓRIOS E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Existem fatos que não precisam ser provados, uma vez que faz parte do consenso geral. Por exemplo, faz-se desnecessário provar o nexo de causalidade entre as doenças e mortes decorrentes do consumo de cigarros e os prejuízos de ordem moral causado às suas vítimas, já que é do consenso geral que provada a existência de doença ou morte decorrente do hábito do fumo, presume-se que há dano moral a ser ressarcido. Do mesmo modo, o

agravamento das despesas estatais com a saúde pública devido ao vício do tabaco é outro fato de fácil constatação e dedução por ser de conhecimento geral.

Assim, não se faz necessária a comprovação desses fatos em juízo por serem de consenso social e comum.

Quanto à inversão do ônus da prova, o instituto foi incluído no art. 6º, inciso VIII do CDC, que ocorre quando há dificuldade por parte do autor de provar o que alega e haja os requisitos da verossimilhança na sua alegação e da sua hipossuficiência, segundo as regras ordinárias da experiência, o que permite que o magistrado possa inverter o ônus em favor do autor, para que passe a ser da responsabilidade do réu provar que tais alegações são inconsistentes e irreais, uma vez que este, em princípio, sempre tem mais condições técnicas para demonstra-lo. Para tanto, a inversão do ônus exige do magistrado, quando de sua aplicação, uma aguçada sensibilidade para poder perceber se realmente será necessário, no caso concreto, a inversão.

A regra contida nesse dispositivo tem a motivação de igualar as partes que ocupam posições não isonômicas, sendo nitidamente aplicada, quando necessário, em favor do consumidor.

Na hipótese do consumo do cigarro, a parte ré, normalmente, está muito mais apta a provar que a nicotina não causa dependência que o autor provar que ela a causa. O fabricante deverá provar, também, a inexistência da enfermidade adquirida, e ainda que não foi o consumo de cigarros o responsável pela enfermidade ou morte do tabagista.

As indústrias fumígenas devem demonstrar, por perícia aliada às demais provas trazidas aos autos, que não houve nexo de causalidade entre o consumo de cigarros e as moléstias associadas ao tabagismo, e ainda, que dessa prova não fique caracterizada a absoluta certeza quanto aos fatos, é perfeitamente possível chegar-se, mediante a análise de todo o conjunto probatório constante dos autos, a um juízo de probabilidade ou presunção, para que se possa chegar a conclusão de até onde devera ser estendida a responsabilização dos fabricantes.

Já com relação ao ônus de provar em caso de publicidade enganosa e abusiva, caberá ao réu, por força de determinação legal, ainda que não haja os requisitos da verossimilhança e da hipossuficiência do autor, demonstrar o inverso do que este alega, sob pena de se dar validade a tal argumento.

Dessa forma, as indústrias do tabaco deverão demonstrar em juízo a inexistência da abusividade ou do engano na publicidade que veiculam, haja vista que, em caso contrário, prevalecerá o argumento da parte autora.

6.4. AÇÕES COLETIVAS

As ações coletivas podem ser demandadas com o fim de responsabilizar civilmente as indústrias fumígenas por danos coletivamente causados.

Nessas ações, serão discutidas a ocorrência de dano genérico e a problemática da existência de defeitos no cigarro. Caberá às vítimas após a condenação, requerer a título individual a liquidação da sentença. Após esta, a execução poderá ser promovida pelos legitimados disposto no art. 82 do CDC, ou pela vítima, ou seus herdeiros.

O efeito da sentença coletiva será *erga omnes*, apenas no caso de procedência, para beneficiar todos os titulares de interesses ou direitos homogêneos, enquanto que no caso de improcedência do pedido por insuficiência de provas, o legitimado individual poderá intentar nova ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, já que tal sentença não fará coisa julgada material.

6.5. DA PRESCRIÇÃO

Os consumidores terão cinco anos para pleitear o ressarcimento pelos danos causados pelo fumo, contando-se a partir do conhecimento da enfermidade e de sua causa. Deve ser extinto o processo com julgamento do mérito quando essas ações forem promovidas após o decurso do prazo prescricional disposto no art. 27 do CDC.

7. DIVERGÊNCIAS JURISPRUDÊNCIAIS

Agora, serão enumerados os argumentos principais de forma sucinta, dispostos na Lei Consumerista, que podem ser utilizados para defender o direito das vítimas do consumo

de cigarros à reparação por danos materiais e morais em face das empresas fumígenas, quais sejam:

a) Os prejuízos à saúde decorrentes do tabagismo provocam danos materiais e morais aos fumantes ativos e passivos e oneram significativamente as despesas estatais com saúde pública;

b) Há obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (art. 927, § único, do Código Civil).

c) As empresas respondem, independentemente de culpa, pelos danos causados pelos produtos postos em circulação (art. 931, do Código Civil).

d) O fabricante, como fornecedor, responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores em decorrência de defeito do produto (art. 12, do CDC);

e) Equiparam-se aos consumidores, para fins de reparação, todas as vítimas do evento (art. 17 do CDC).

A conclusão a que se chega ao expor esses argumentos é que o fabricante deve ser condenado a ressarcir todos os danos causados aos fumantes ativos e passivos, além dos prejuízos causados aos cofres públicos decorrentes do consumo de cigarros.

No entanto, apesar da clareza da Lei do Consumo e dos argumentos apresentados, o direito do tabagista à indenização tem promovido acirradas polêmicas e controvérsias nos Tribunais, não sendo possível ser vislumbrado, ainda, um entendimento jurisprudencial sólido e predominante nas ações propostas contra os fabricantes de cigarros.

Para enriquecer o debate e acalorar discussões em torno do assunto, serão apontados os principais argumentos que sustentam as posições antagônicas sobre a questão. Dessa forma, contra o direito à indenização encontram-se as seguintes disposições na jurisprudência:

a) O tabagista adere espontaneamente ao vício e o abandono do cigarro depende única e exclusivamente do livre arbítrio do consumidor (TJSP - Apelação Cível nº 110.454-4 - São Paulo - 4ª Câmara de Direito Privado - Relator: Narciso Orlandi - 22.02.01 - V.U.);

b) O fumante tem pleno conhecimento dos malefícios do fumo (Apelação Cível n. 437.901-4/9-00 - São Paulo - 7ª Câmara de Direito Privado - Relator: Gilberto de Souza Moreira - 05.04.06 - V.U.);

c) O cigarro é droga lícita, sua produção e comercialização não constituem prática ilegal e são atividades permanentemente controladas pelo Estado (Apelação Cível n. 280.617-4/4 - Santos - 10º Câmara de Direito Privado do TJSP - Relator: Maurício Vidigal - 21/11/05 – VU);

d) O fumante não é capaz de provar quem fabricou os cigarros que ele mesmo consumiu (Apelação Cível n. 370.606-4/5-00 - São Paulo - 10ª Câmara de Direito Privado do TJSP - Relator: Carvalho Viana - 18.10.05 - V.U. - Voto n. 473.).

De outro lado, os argumentos dos Tribunais que reconhecem o direito do fumante à indenização, estão dispostas a seguir:

a) O exercício da liberdade econômica não exonera o fornecedor de cumprir deveres gerais de prudência (Apelação Cível Nº 70004812558, Nona Câmara Cível do TJRS, Relator: Mara Larsen Chechi, Julgado em 13/10/2004);

b) O consentimento do ofendido só opera como excludente de ilicitude sobre bens jurídicos disponíveis. Quando se cuida de direito à vida e à saúde, flagrantemente indisponíveis, a ordem pública se impõe, o que torna ineficaz tal consentimento (Apelação Cível Nº 70004812558, Nona Câmara Cível do TJRS, Relator: Mara Larsen Chechi, Julgado em 13/10/2004);

c) Não há opção livre de fumar ou não fumar, em decorrência da dependência química e psíquica pela nicotina (Apelação Cível Nº 70000144626, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 29/10/2003);

d) A responsabilidade do fabricante é objetiva quando provada relação de causa e efeito entre o defeito do produto e a doença do consumidor (Apelação cível n. 260.828-4/0-00 - Campinas - 4ª Câmara “A” de Direito Privado do TJSP – Relator: Luís Eduardo Scarabelli – 19.05.06 – M.V. – Voto n. 299).

Observadas as contraposições de entendimento e decisões sobre a responsabilização dos fabricantes de cigarros, verifica-se que, de um lado, há uma linha de raciocínio que se apóia em visão liberal sobre o mercado de consumo, enquanto que, do outro lado, há um entendimento que reconhece o direito do tabagista à indenização por parte dos fornecedores de cigarros, que enxerga a vulnerabilidade do consumidor e que considera a defesa da saúde como um direito social.

No entanto, essas decisões antagônicas sofrem influências e pressões de caráter social por ser o cigarro um dos produtos mais consumidos, aceitos tradicionalmente pela

sociedade, além de sua comercialização gerar o pagamento de vultuosos impostos para o governo, apesar de talvez ser o produto mais nocivo disponível no mercado.

Dadas essas peculiaridades, existem diversas ações judiciais, coletivas e individuais, propostas em vários países, principalmente nos desenvolvidos, contra os malefícios causados pelo tabaco provenientes da sua fabricação e comercialização pelas empresas fumígenas, devendo tais decisões se adequarem a atual e dinâmica realidade social.

E como se tentou demonstrar, neste trabalho, com respeito a quem defende posições contrárias, a responsabilização civil do fornecedor de cigarros é o entendimento mais compatível com a evolução do Direito e com realidade atual do Brasil.

Em suma, deve prevalecer o entendimento, de que a lei sempre deverá ser interpretada a favor do consumidor. Deverá ser proibido que as empresas e suas atividades causem qualquer dano a parte mais vulnerável da relação consumerista, sendo irrelevante, para a aferição da responsabilidade, a eventual licitude da atividade do fornecedor ou mesmo a vontade do consumidor de usar o produto que possivelmente saiba ser nocivo à saúde.

8. CONCLUSÃO

O cigarro pode ser considerado uma “bomba” química dentro do organismo humano, uma vez que possui, em sua composição, aproximadamente quatro mil e oitocentas substâncias cancerígenas e radioativas.

A dependência é causada pela nicotina, que é considerada uma droga pela Organização Mundial de Saúde e se estabelece com grande rapidez, em um período de um a três meses de uso, além de ser considerada um defeito de concepção, por tolher a capacidade de escolha do fumante que se torna um consumidor involuntário.

O tabaco é o responsável pelas principais causas de morte e por doenças prematuras evitáveis em todo o mundo. O vício de fumar atingiu proporções gigantescas, o que gerou a morte de mais de 4 milhões de pessoas em todo o planeta.

A grande maioria dos consumidores não possui conhecimento profundo dos malefícios e da carga mortífera que o cigarro causa em seus organismos.

O Código de Defesa do Consumidor surgiu como meio inovador para proteger os consumidores dos produtos disponibilizados no mercado que acarretam danos à saúde, responsabilizando as empresas fumígenas pelos danos materiais, morais e estéticos gerados pelo uso prolongado do tabaco.

A responsabilização objetiva das indústrias do fumo, ou seja, responsabilização que independe da demonstração de culpa, pelos danos provocados pelo tabagismo está disposta, principalmente, no art. 12 da Lei 8.078/90, referente ao fato do produto, encontrando-se, também, o tabaco dentro do rol dos produtos potencialmente nocivos ou perigosos à saúde, que se enquadra no art. 9º do mesmo Diploma Legal.

Caso o fumante seja acometido por enfermidade associada ao cigarro, porém tenha iniciado o uso antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, deverá este retroagir e ser aplicado ao caso, uma vez que todo o microsistema das relações de consumo tem caráter de ordem pública e interesse social.

Apesar de a fabricação e a comercialização do tabaco serem atividades lícitas, as indústrias do fumo desrespeitam o dever de informar, já que as instruções existentes nas embalagens de cigarros são ínfimas e de pouca serventia, em detrimento das belas imagens de peças publicitárias vinculadas para despertar a atenção do consumidor em potencial.

A publicidade tabagista, no Brasil, é abusiva e enganosa, já que vincula o cigarro a atividades e situações que nada condizem com a realidade dos fatos e faz apologia a um produto que comprovadamente causa malefícios à saúde do consumidor.

Em juízo, caberá ao autor lesionado, em função dos prejuízos sofridos por causa do vício pela nicotina, ao propor a ação, provar que era ou é fumante, a marca de cigarros que consome ou consumia, o nexo de causalidade entre o dano e o consumo do tabaco, além de demonstrar os danos que sofreu.

Poderá ser determinada a inversão do ônus da prova, a critério do juiz, ao avaliar a presença dos pressupostos descritos em lei, o que gera para o réu o dever de provar: que a nicotina não causa dependência, que a doença é inexistente e que a enfermidade não foi adquirida em função do uso do cigarro.

As vítimas do tabaco terão o prazo prescricional de cinco anos, a partir da constatação do dano, para demandarem contra os fabricantes, requerendo o ressarcimento pelas lesões causadas, conforme o disposto no art. 27 do CDC.

Em suma, com o presente trabalho, não se pretendeu esgotar os debates sobre um assunto tão rico e, ainda, polêmico na jurisprudência brasileira, pretendeu-se, apenas, mostrar

de uma forma ampla e sucinta a questão da responsabilização dos fabricantes de cigarros em caso de ocorrência de dano aos fumantes.

Ademais, hoje em dia, pode-se acreditar em uma guinada de decisões contrárias aos interesses dos consumidores, uma vez que em um tempo não muito remoto, falar-se em responsabilização das indústrias do fumo era algo quase que juridicamente impossível no Brasil. Todavia, a sociedade transmudou-se e o Direito, com ela, se inovou. O exemplo real dessa modernização é a vigência do Código de Defesa do Consumidor, que estabeleceu instrumentos eficazes para solucionar tais conflitos de maneira justa e coerente com a realidade atual brasileira.

REFERÊNCIAS

ADIERS, Leandro Bittencourt. *Responsabilidade dos fabricantes de cigarros*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2760>>. Acesso em: 24/06/2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

DELFINO, Lucio. *Responsabilidade civil e tabagismo*. Curitiba: Juruá, 2007.

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

DENARI, Zelmo. *A comunicação social perante o código de defesa do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, n. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

INVERNIZZI, Gabriela. *Substâncias nocivas: Souza Cruz é condenada a indenizar família de fumante*. Revista Consultor Jurídico, 2007.

MARQUES, Claudia Lima. “Responsabilidade civil nas relações de consumo”. In: *Encontro Nacional de Responsabilidade Civil*, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Interesses coletivos e difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MORAES, Carlos Alexandre. *Responsabilidade civil das empresas tabagistas*. Curitiba: Juruá, 2008.

PEDREIRA, Adriana de Couto Lima. *Responsabilidade civil das empresas fabricantes de fumo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SILVA, Vera Luiza da Costa *et at. Falando sobre tabagismo*. 3.ed. Instituto Nacional do Câncer, 1998.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VOLPATO, Paula Veit. *A justiça na indenização pelos danos morais*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12895>>. Acesso em: 24/06/2009.