

Responsabilidade das Empresas Produtoras de Cigarro

PAULO MAXIMILIAN WILHELM SCHONBLUM

Mestre em Direito. Professor de graduação e pós-graduação da Universidade Estácio de Sá e da EMERJ. Membro do IAB. Advogado.

MELISSA AREAL PIRES

Pós-graduanda em Direito do Consumidor pela EMERJ. Advogada.

INTRODUÇÃO

O assunto aqui tratado, embora muito questionado e polemizado, parecia ter encontrado solução mansa e pacífica na jurisprudência pátria (como se verá no item 3 *infra*, não há decisão final em favor dos consumidores) até que, no fim do ano de 2003, foi publicado um acórdão da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul¹ concedendo indenização de 3.200 (três mil e duzentos) salários mínimos a título de danos morais, além de danos materiais². Tal decisão reacendeu a discussão acerca da matéria, trazendo à baila a reanálise do estudo da responsabilidade das empresas, passando pela verificação de questões concernentes ao livre arbítrio, vício e fato do produto; publicidade falsa e enganosa e, ainda, a sempre tormentosa missão de verificar a relação de causalidade.

¹ TJRS – 9ª Câ., Apel. 70000144626, j. 29.10.2003.

² “A indenização por danos materiais deverá ressarcir a venda de um imóvel e de 15 bovinos; despesas médicas e hospitalares comprovadas, hospedagem de acompanhantes durante a internação em Porto Alegre e gastos com o funeral; e fechamento do minimercado, desde a época da constatação da doença até a data em que a vítima completaria 70 anos, de acordo com a média de lucro dos últimos 12 meses de funcionamento. A título de danos morais foi fixada a quantia de 600 salários mínimos nacionais para a esposa, de 500 para cada um dos quatro filhos e de 300 para cada um dos dois genros.” *Revista CONJUR*, www.conjur.com.br, colhido da internet em 30.10.2004

Outrossim, para um estudo completo da questão, e à guisa de introdução, resume-se um pouco da história do cigarro, que se iniciará pela descoberta de seu principal componente, o tabaco. A erva foi descoberta por volta do ano 1000 a.C. pelos índios da América Central, que a utilizavam não só na cura de algumas enfermidades, como também na purificação, proteção e fortalecimento de seus ímpetos guerreiros. Sua presença nos rituais religiosos era fundamental, aduzindo o historiador Gabriel Soares que "*tinham os índios o tabaco por indispensável aos defuntos, sendo uso colocá-lo nas sepulturas, na forma de uma espécie de comprido cigarro, que era posto junto com a água e comida para a jornada no além*".³

Esses mesmos índios apresentaram aos marinheiros de Colombo a arte de fumar⁴, sendo que, conforme relata Eduardo Bueno em sua obra "**Capitães do Brasil**", foi Jean Nicot que disseminou pela Europa Ocidental o hábito de fumar, quando o referido embaixador francês, após atribuir às propriedades medicinais do tabaco a cura de uma úlcera em sua perna, recolheu mudas de tabaco do Jardim Botânico e as apresentou como um remédio milagroso à Rainha Catarina de Médicis, sofredora de terríveis enxaquecas. Desde então teve seu nome utilizado na nomenclatura científica da planta: *nicotiana tabacum*.

Após o alastramento do uso do tabaco, os governos perceberam que as indústrias fumígenas beneficiavam uma grande multidão de agricultores, operários, bem como trabalhadores vinculados à industrialização e ao consumo do tabaco, decidindo, então, admiti-lo como lícito, passando a tributá-lo fortemente, criando, dessa forma, mais uma grande vantagem para seu cultivo.⁵

No tangente ao surgimento do cigarro que, segundo o Dicionário Aurélio, consiste em uma "*pequena porção de fumo picado, enrolado em papel fino ou em palha de milho, para se fumar*" e, do ponto de vista jurídico, pode ser definido como um produto não-

³ BUENO, Eduardo. **Capitães do Brasil**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1999, p. 136-137.

⁴ PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. **Responsabilidade Civil das Empresas Fabricantes de Fumo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 45.

⁵ *Ibidem*, p. 04-05.

durável, potencialmente nocivo à saúde⁶ e inseguro para os que o utilizam, bem como para os que a ele estão expostos, tem-se que, antes do manufaturamento do tabaco, as folhas de tabaco eram comercializadas sob a forma de fumo para cachimbo, rapé, tabaco para mascar e charuto. O cigarro só apareceu, definitivamente, no início do século XX, sendo que foi somente após meados do referido século que seu consumo se alastrou de maneira incontrolável, impulsionado pelo marketing das empresas fumígenas.⁷

Explanando sobre sua propagação nos continentes, Lúcio Delfino⁸ aduz que a África foi o primeiro continente a disseminar o hábito de fumar, principalmente após a Primeira Guerra Mundial. Todavia, foi a Europa o continente em que o tabagismo se expandiu mais rapidamente, referindo-se à Ásia como o continente que mais resistência sofreu ao uso do tabaco.

Desde a década de 30, quando surgiram os primeiros relatórios científicos sobre o cigarro, centenas de artigos científicos foram publicados alertando as pessoas sobre os malefícios que o consumo de cigarros podia acarretar à saúde⁹. Com isso, o produto, que antes era considerado um remédio milagroso, capaz de curar inúmeras doenças, passou a ser considerado, por alguns, a maior causa de

⁶ As exigências do CPDC aos fabricantes de produtos potencialmente nocivos ou perigosos estão presentes no art. 9º do referido Diploma Legal, que dispõe: “O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverão informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.”

⁷ PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. *op. cit.*, p. 05.

⁸ DELFINO, Lúcio. **Responsabilidade Civil e tabagismo no código de defesa do consumidor**, Minas Gerais: Del Rey, 2000, p. 04.

⁹ “A fumaça do cigarro é uma mistura composta de aproximadamente quatro mil e oitocentas substâncias tóxicas, podendo ser dividida em duas fases: uma gasosa e outra particulada. A fase gasosa é composta de substâncias, tais como monóxido de carbono, cetonas, formaldeído, acetaldeído e acroleína. Na fase particulada, encontram-se a nicotina e o alcatrão, responsável pelo amarelamento dos dentes, concentrando quarenta e três substâncias cancerígenas, podendo-se citar como exemplos o arsênico, níquel, benzopireno (substância derivada do petróleo e altamente cancerígena), cádmio, chumbo, além de substâncias radioativas, como o polônio 210, o carbono 14, rádio 226, rádio 228 e potássio 40. A cada tragada, o fumante introduz no seu organismo substâncias como amônia, benzeno, acetona (solvente), formol, propilenoglicol, acetato de chumbo, methoprene, naftalina, fósforo, terebentina, xileno, butano e muitos outros gases tóxicos e partículas em suspensão.” (DELFINO, Lúcio. *op. cit.*, pp. 06–07). “Algumas empresas de cigarro, preocupadas com a grande quantidade de fumantes assustados e os riscos com os malefícios provocados pelo tabagismo, têm investido em pesquisas para produzir

doenças e de morte na sociedade contemporânea, segundo estudos realizados pela Organização Mundial de Saúde.¹⁰

Essa mudança ocorreu não só na relevância dos efeitos curandeiros do produto mas, também, na forma como o fumante era visto pois, como se sabe, a sociedade da primeira metade do século XX encarava¹¹ o tabagismo como a mais tentadora manifestação de masculinidade, tendo tal quadro se invertido de tal forma que, atualmente, o fumante é considerado uma pessoa de pouco fôlego, que envelhece às pressas, com queda nas aptidões físicas. Da mesma maneira, para a mulher, o cigarro também é responsável pelo envelhecimento da pele, gerando, dentre outras conseqüências, efeitos negativos para a voz e para o hálito¹², bem como provocando o aceleração da menopausa e aumentando o risco de osteoporose.¹³

No entanto, por um outro ângulo, é incontestável que, nos países desenvolvidos, a consciência das pessoas em relação aos

cigarros menos perigosos. A gigantesca Reynolds começou a testar, há alguns anos, o Eclipse, um cigarro que não queima, permanecendo aquecido por um cilindro de carbono incandescente na sua extremidade. O Eclipse emite menos fumaça que os cigarros comuns, contendo, ainda, 80% menos de substâncias agressivas à saúde. A Phillip Morris, seguindo o mesmo caminho, aposta no Accord, cigarro que terá um dispositivo eletrônico semelhante a um acendedor automático de fogão. Ele acende quando é tragado, apagando logo em seguida, o que diminui bastante a fumaça circulante." (BATISTA, Cristiana. O cigarro sem risco. Veja, ano 34. nº 7, edição nº 1688, 21.02.2001, pp. 122-123). "Há muito vem-se tentando criar soluções que diminuam os maléficos efeitos causados pelo tabagismo. Foi o que aconteceu, por exemplo, quando se descobriu que o alcatrão contido na fumaça do cigarro causava câncer: começou-se a fabricar o cigarro com filtro. No entanto, tal fato não aumentou a expectativa de vida do fumante, haja vista que, embora possua menos alcatrão (causador de câncer), o cigarro com filtro possui 26% mais monóxido de carbono (causador de infarto). Os cigarros de "baixo teor", portanto, não prestaram à sua finalidade. Constatou-se que o fumante, acostumado pelo vício a determinado nível de nicotina no sangue, fuma mais cigarros de "baixo teor" para satisfazer sua necessidade. (PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. op. cit., p. 46, citando estudo realizado pelo Professor Titular de Medicina interna da UFRGS Mário Rigatto." (In "Projetos de Marketing". Editorial publicado pelo Jornal O GLOBO, Rio de Janeiro, 28 de agosto de 1999, p. 2).

¹⁰ PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. op. cit., p. 46.

¹¹ "(...) Pleiteia o autor reparação por danos materiais e morais, argumentando que começou a fumar cigarro no ano de 1975, influenciado pelas mais diversas propagandas existentes nos meios de comunicação escrita, radiofusão e televisiva. (...) O autor pede indenização por danos morais, pelo fato de ter sofrido constrangimento social, à medida que seu vício era cada vez mais repudiado nos ambientes domésticos, profissionais, particulares e públicos. (...) No caso, a ré não tem nenhuma responsabilidade pela repulsa e os constrangimentos alegados pelo Autor, já que este deveria se abster do uso do cigarro nos locais não permitidos. Outro aspecto é se o promovente foi repudiado e constrangido, deveria acionar a pessoa ou pessoas que o submeteram a tal vexame, nunca a ré, já que após a aquisição do cigarro, a responsabilidade do uso passou ao consumidor". (TJCE – 17ª Vara Cível de Fortaleza, processo nº 97.02.07953-5, juiz Inácio de Alencar Cortez, j. 17.09.1997).

¹² PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. op. cit., p. 46.

¹³ DELFINO Lúcio. op. cit., p. 05.

malefícios causados pelo cigarro aumentou, donde se conclui que o uso de cigarro não pode ser desvinculado do livre arbítrio.^{14/15}

É de se verificar que, atualmente, o tabaco é largamente cultivado no mundo inteiro, fazendo com que a nicotina¹⁶ seja a droga lícita mais consumida no mundo¹⁷, pois, atuando no organismo humano, gera sensação de bem-estar ao fumante que, por sua vez, habitua-se a essa situação, sentindo-se desconfortável quando há diminuição da concentração da substância no sangue. Essa sensação agradável de bem-estar dura, em média, de 20 a 30 minutos, quando novamente surge a vontade de fumar.¹⁸

¹⁴ *Ibidem*, p. 34.

¹⁵ "O livre arbítrio da pessoa humana implica em que a morte decorrente de eventuais abusos com o uso de substâncias advertidamente nocivas encerra infortúnio imputável à própria vítima (...). A morte da vítima que agrava as suas condições de saúde e vem a falecer não enseja a seus familiares o direito de pleitear indenização pelas mesmas razões por que veda o ordenamento jurídico o pagamento de seguro de vida a quem agrava os riscos e a Súmula 61 do STJ o suicídio premeditado. (...) Em síntese: a liceidade da atividade desenvolvida pela apelante, juntamente com as advertências expressivas dos órgãos de divulgação da imprensa acerca das potencialidades do produto secularmente comercializado em todo o mundo e o livre arbítrio da pessoa humana, que não pode pretender à própria torpeza locupletar-se com a chancela judicial, conduzem-nos a concluir que o juiz a quo incidiu em error in iudicando, razão pela qual, reformo a sentença e dou provimento ao apelo da ré para concluir pela improcedência da pretensão veiculada no pedido inicial." (TJRJ – 10ª Câmara Cível, Apelação nº 58/98, Rel. Des. Luiz Fux, j. 23/03/1999); "(...) Se fumava duas carteiras de cigarro por dia, um rematado exagero, assim procedia por seu livre arbítrio. Tinha conhecimento sobre a controvérsia quanto aos malefícios do fumo e mesmo assim fumava desbragadamente. Não há como exigir que as requeridas ficassem cuidando do falecido, para evitar os excessos por ele cometidos. O risco era conhecido do consumidor, no caso Eduardo, e mesmo assim ele continuou fumando anos a fio. (...)" (TJRS – 3ª Vara Cível da Comarca de Santa Cruz do Sul, processo nº 41.961, juiz Dr. Sadilo Vidal Rodrigues, j. 27.05.1999.)

¹⁶ "A nicotina foi sintetizada em laboratório em 1904 e é responsável, basicamente, pela vasoconstrição. Atua no cérebro e em outros sistemas do corpo, como o muscular, ósseo cardíaco e vascular. No entanto, mesmo não existindo no Brasil prova técnica que demonstre ser a nicotina uma substância psicotrópica, ela é considerada como droga pela Organização Mundial de Saúde e por outras entidades internacionais de saúde." (DELFINO, Lúcio, *op. cit.*, p. 09)

¹⁷ Pesquisas apontam que 90% dos fumantes iniciaram o consumo de cigarros antes dos 20 anos de idade, em decorrência da dependência, não somente das propriedades psicotrópicas da nicotina, como também de fatores tais como situações sociais, aspectos da personalidade, fatores ambientais e aspectos genéticos (*Ibidem*).

¹⁸ *Ibidem*, p. 12.

1. PROBLEMÁTICA E APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

No Brasil, as ações pleiteando indenizações em decorrência dos malefícios do fumo tiveram início na década de 80. Nessa época, alegavam os Autores - filhos ou familiares de fumantes - que teria sido o tabagismo o causador das doenças que geraram a morte de seu familiar. Considerando-se que, naquela época, ainda não vigia o CPDC, a responsabilidade civil das empresas era verificada pela teoria subjetiva, cabendo, portanto, aos demandantes provarem os danos, o nexo causal e a culpa das empresas. Conclui-se que não era muito difícil para os fabricantes apresentarem defesas nesses tipos de ações. A simples falta de comprovação de existência de culpa (conforme se explicará nos capítulos posteriores) pela morte do fumante já retirava a responsabilidade de indenizar.

Com o advento da Lei 8.078/90, não restou qualquer dúvida quanto à existência de relação de consumo entre o fumante e as empresas fumígenas¹⁹. Flagrantemente, verificavam-se presentes todos os elementos necessários para caracterização da relação, ensejando, dessa forma, a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Ato contínuo, novos argumentos surgiram para os que buscavam indenizações das empresas fabricantes de fumo. Diante de uma responsabilidade não mais verificada pela teoria subjetiva, alegavam os Autores, principalmente, que:

- (i) há abuso de direito de produzir e vender cigarros;
- (ii) o cigarro é um produto defeituoso;
- (iii) há fato do produto;
- (iv) a propaganda das empresas fabricantes de fumo é enganosa;
- (v) há falta de informação acerca dos males causados pela nicotina.

Todas essas teses merecem apurado estudo, do qual se concluirá pelo não acolhimento das mesmas.

¹⁹ "Como a requerida não refutou a alegação de que essa controvérsia deve ser dirimida à luz das normas do Código de Defesa do Consumidor, mister fazê-lo". "Como já foi frisado, trata-se de relação de consumo. Desta forma, é nos limites do CDC que deverá se procurar a eventual responsabilidade da Ré." (TJSP - 31ª Vara Cível de São Paulo, processo nº 000.99.013480-6 (372), juiz Marco Antônio Boascaro).

2. ANÁLISE DOS PONTOS CONTROVERTIDOS

2.1 Licitude da Atividade

A questão da licitude das atividades das empresas fabricantes de fumo, de tão óbvia, não é sequer discutida pela jurisprudência. As atividades, do cultivo do fumo, passando pela preparação do cigarro até chegar a sua comercialização, são lícitas, tanto que tributadas e fiscalizadas pelo Poder Público²⁰, e incluídas no rol de interesses governamentais de natureza econômica, tributária e social. E são lícitas no mundo inteiro. Tão lícitas que o Poder Público entende tais atividades como fundamentais para o desenvolvimento econômico do país, gerando a concessão, em vários Estados, de incentivos para que tais indústrias aumentem o seu parque fabril²¹.

Especificamente com relação à legislação pátria destaca-se, inicialmente, o art. 220, inciso II, parágrafos 3º e 4º da Constituição Federal de 1988, que determina que a propaganda comercial do tabaco estará sujeita a restrições legais, de molde a preservar a pessoa e a família da publicidade de produtos que possam ser nocivos à saúde, contendo, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrente de seu uso. Assinale-se ainda que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o tema passou a ser regulado por portarias e, finalmente, pela Lei nº 9.294/96, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Por fim, registre-se ainda a Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000, que, dentre outras medidas, proibiu taxativamente a publicidade de diversas substâncias, dentre elas o cigarro, salvante a publicidade interna e restrita à afixação de cartazes nos estabelecimentos comerciais,

²⁰ A licitude do cigarro está diretamente vinculada ao fato de a nicotina não ser considerada uma substância psicotrópica pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Isso porque não existe, no País, nenhuma prova técnica de que a nicotina provoque o vício.

²¹ "É de ressaltar, desde já, que a exploração comercial do tabaco e da nicotina (venda de cigarros) representa um negócio extremamente lucrativo, mas tolerado pelo Poder Público que, com isso, previne a clandestinidade que uma súbita proibição poderia causar – tal qual o fenômeno verificado durante a Lei Seca nos Estados Unidos – fomentadora de sensível evasão (sonegação) fiscal, sem prejuízo da ruptura do controle exercido sobre a qualidade e sobre os componentes disponibilizados ao consumidor" (CRUZ, Guilherme Ferreira da, "Responsabilidade Civil das Empresas Fabricantes de Cigarros", *Revista de Direito do Consumidor* – 47, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 78).

modificando a norma citada, que acabou por restringir ainda mais a atuação dos fabricantes e comerciantes das referidas substâncias.

As empresas fabricantes de fumo observam rigorosamente as determinações do referido diploma legal, concluindo-se que a comercialização e industrialização dos cigarros caracterizam-se como exercício regular de um direito^{22/23}.

²²:“(…) A atividade explorada pela Ré, industrializando e comercializando no atacado de cigarros e derivados de fumo, não é ilegal, pois conta com autorização constitucional, inserindo-se na garantia da iniciativa privada, não transmutando a conclusão de fato do fumo poder causar malefícios à saúde, tais como carcinomas.”(TJSP – 21ª Vara Cível da Comarca da Capital de São Paulo, processo nº 1.080/98, juiz Dr. José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto, j. 22.10.1998);“(…) Primeiro, não há vedação legal do consumo de cigarros. A atividade da empresa ré é lícita e encontra regulamentação na legislação. Há regular vigilância dos órgãos públicos. Não há vedação legal para a comercialização de cigarros. (...)” (TJRS – 4ª Vara Cível do Foro Central – 1º Juizado, processo nº 01196179269, juiz Dr. Marcelo Cezar Muller, j. 28.10.1999);“(…) No entanto, as atividades relacionadas ao cultivo do tabaco e à produção e comercialização de cigarros nunca foram consideradas ilícitas entre nós, sendo, provavelmente, as atividades que dispõe do maior número de regramentos a discipliná-las. (...). Por isso não se pode imputar à requerida a responsabilidade pelos mencionados danos padecidos pelo requerente, em vista da atividade lícita e regulamentada pelo poder público que ela exerce, pagando, aliás, elevadíssimos tributos para tanto. Se o requerente crê efetivamente que tais danos devam ser de responsabilidade de alguém que não ele próprio, que fuma intensamente desde a adolescência e mesmo após ter sua saúde seriamente abalada pelo vício do tabagismo, deve voltar-se contra o Poder Público, na busca de ressarcimento, já que esse permite a comercialização de cigarros, disciplinando-a e dela diretamente se beneficia, já que lhe rende significativas quantias, através dos tributos que sobre isso recaem”. (TJSP – 30ª Vara Cível da Comarca da Capital, processo nº 000.99.013480-6 (372), juiz Dr. Marcio Antônio Boscaro, j. 07.04.2000);“(…) Inicialmente, há que se observar a licitude da atividade da empresa ré, no que tange ao cultivo do fumo, preparação e comercialização de cigarros, vez que autorizada, disciplinada e fiscalizada pelo Poder Público. (...)” (TJDF – 12ª Vara Cível, processo nº 8.788, juiz Drª. Luciana Corrêa Sette Tôrres, j. 29.03.2001);“(…) Praticando a Ré comércio lícito de cigarros, age no exercício regular de direito (...)” (TJSP – 6ª Vara Cível de Piracicaba, processo nº 1967/00, juiz Dr. Joel Valente, j. 16.04.2001);“(…) A ré exerce atividade lícita devidamente regulamentada pela legislação sendo que ao produzir, divulgar e comercializar seus produtos, está no exercício regular de um direito que lhe é conferido pelas leis que disciplinam a matéria. (...)” (TJSP – 1ª Vara Cível de Santos, processo nº 1.797/00, juíza Drª Lucília Alcione Prata, j. 10.07.2001);“(…) O direito e o ilícito são antíteses absolutas – um exclui o outro: onde há ilícito não há direito; onde há direito, não existe ilícito. Vem daí o princípio que não considera ilícito o ato praticado no regular exercício de um direito. (...)” (TJRJ - 2ª Câmara Cível, Apelação nº 9352/200, Rel. Des. Sérgio Cavaliere, j. 12/09/2000).

²³ Há quem sustenta a tese de que há *abuso de direito* na atividade explorada pelas companhias de tabaco: “Força é concluir que um dos maiores abusos possíveis de serem praticados pelas fabricantes de cigarros (ávidas na busca de lucros) é a omissão deliberada dos fatores prejudiciais à saúde dos seus consumidores, inexoravelmente vinculados ao consumo do tabaco e da nicotina. (...) O procedimento se afasta, pois, da boa-fé objetiva e, só por isso, já se equipara a ato ilícito e gera o dever de indenizar, independentemente da existência de dano concreto” (CRUZ, Guilherme Ferreira da, *op. cit.*, p. 87).

2.2. Existência de Vício ou Fato do Produto

Primeiramente, é sobretudo importante definir vício, o que pode ser feito através da leitura dos arts. 18 e 19 do CPDC. Tais dispositivos dispõem acerca das características de qualidade ou quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou que lhes diminuam o valor. Da mesma forma, são considerados vícios os decorrentes da disparidade havida em relação às indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem, oferta ou mensagem publicitária.

Com isso resta indubitável que os vícios estão divididos em vícios de qualidade e vícios de quantidade, sabendo-se que a questão referente às informações incide, diretamente, na qualidade do produto.

Tratando das fases em que os vícios se manifestam, o professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães²⁴ as elenca da seguinte maneira: "*(a) vícios ocorridos na fase de fabricação e afetando exemplares numa série de produtos (miscarriage in the manufacturing process; fabrikationsfehler); b) vícios ocorridos na concepção técnica do produto, afetando toda uma série de produção (improperly designed product; konstruktionsfehler); c) vícios nas informações e instruções que acompanham o produto (breach of duty of warn; instruktionsfehler)*". Assevera, ainda, que "*um produto é considerado defeituoso se for perigoso além do limite em que seria percebido pelo adquirente normal e de acordo com o conhecimento da comunidade dele destinatário no que diz respeito às suas características.*"

Nesse sentido, em que pesem algumas razões expendidas pela área médica, não há como considerar o cigarro, juridicamente, um produto eivado de vícios.²⁵

²⁴ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto**, São Paulo: Resenha Tributária, 1984, p. 221.

²⁵ Enorme respeito merece a tese defendida por LÚCIO DELFINO, em sua obra já citada, que entende haver defeito de concepção no cigarro. Segundo o doutrinador, o defeito de concepção do cigarro é a nicotina, responsável pela dependência física do fumante. Cita o argumento das empresas fabricantes de cigarros de que tanto o ato de fumar quanto o de interromper o tabagismo são decisões voluntárias tomadas pelos fumantes. Diante disso, não poderiam os tabagistas pretender transferir às fornecedoras do produto os ônus de escolhas comportamentais livres e conscientes.

Convém analisar, outrossim, a existência de fato do produto, também chamado de acidente de consumo, referindo-se às conseqüências geradas pelo vício (ou defeito) no produto que atingem o consumidor em seu patrimônio físico, patrimonial e/ou moral.

É de se verificar que o CPDC claramente diferencia a responsabilidade pelo vício do produto da responsabilidade pelo fato do produto. Na doutrina sobreleva a lição de Sérgio Cavalieri Filho, que esclarece: *"a responsabilidade por vício do produto e do serviço, disciplinada nos art. 18 e 20 do Código do Consumidor, não se confunde com a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço... Cuida-se, aqui, de defeitos inerentes aos produtos ou serviços, vícios in re ipsa, e não danos por ele causados – acidentes de consumo –, como ali se cogitou. Dividem-se em vícios de qualidade, por inadequação do bem de consumo à sua destinação (arts. 18, 20 e 21), e de quantidade (art. 19), que tem a ver com seu peso e medida."*²⁶

O mesmo jurista ensina: *"o fornecimento de produtos ou serviços nocivos à saúde ou comprometedores da segurança do consumidor é responsável pela grande maioria dos acidentes de consumo. Ora é um defeito de fabricação ou montagem em uma máquina de lavar, numa televisão, ou em qualquer outro aparelho doméstico, que provoca incêndio e destrói a casa; ora uma deficiência no sistema de freio do veículo que causa acidente com graves conseqüências; ora, ainda, é um erro na formulação de medicamento ou substância alimentícia que causa dano à saúde do consumidor, como câncer, aborto, esterilidade etc."*²⁷

Salienta-se, todavia, que tal explanação a respeito da responsabilidade pelo fato do produto perde sua valia para o caso sob análise, tornando-se meramente exemplificativa uma vez que, em se considerando a inexistência de defeito no produto (cigarro), e sendo o defeito pressuposto do fato, indubitavelmente não

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, Rio de Janeiro: Malheiros, 2ª ed., p. 379.

²⁷ *Idem*, p. 423.

se poderá considerar, da mesma forma, a existência de responsabilidade pelo fato do produto²⁸.

2.3. Vício de Informação

Com o advento do CPDC, a informação passou a ser considerada um dos mais importantes princípios da Política Nacional das Relações de Consumo²⁹ e o direito à informação considerado um dos direitos básicos do consumidor.³⁰ Tal importância é resultante do princípio da boa-fé que deve prevalecer em todas as relações de consumo; do princípio da transparência, pelo qual o consumidor deve ter total conhecimento dos componentes e riscos da utilização dos produtos; e do princípio da isonomia das relações entre o fornecedor e o consumidor, em razão da vulnerabilidade desse com relação àquele.³¹

²⁸ "(...) A responsabilidade pelo fato do produto pressupõe defeito na concepção original do bem destinado ao consumo, gerando efeitos que o consumidor não poderia legitimamente esperar. Inocorrência desta hipótese posto exibir o cigarro severa advertência de potencialidade de lesão à saúde, mercê de resultar de atividade lícita e regulada por lei." (TJRJ – 10ª Câmara Cível, Apelação nº 58/98, Rel. Des. Luiz Fux, j. 23/03/1999); "(...) No presente caso, a responsabilidade da Ré estaria, segundo o Autor, no fato de a nicotina estar presente no cigarro e que a mesma é tóxica e produz dependência física e psíquica, fazendo a Ré todos os esforços, em termos de pesquisa e propaganda, para que o consumidor cada vez fume mais. Porém, a responsabilidade da Ré só ocorre se seu produto for defeituoso, ou causando dano ao consumidor ou no caso de o mesmo não oferecer a segurança que dele se espera. (...) Não conseguiu o Autor provar que o produto da Ré apresentava defeito de fabricação ou produção. (...) Resta apenas o defeito em face da ausência de segurança que se espera do produto. Nesta questão deve-se indagar do Autor o que o mesmo esperava com o consumo de tabaco na ordem de mais de vinte cigarros por dia? É notório, já há muitos anos, que o cigarro consumido em excesso traz enormes prejuízos à saúde. Não é possível que o Autor não conheça, há mais de trinta anos, pelo menos, os malefícios que o cigarro poderia trazer à sua saúde. Óbvio que há riscos no uso imoderado e, portanto, segundo o art. 12, parágrafo primeiro, inciso II do CDC, o produto fabricado pela Ré não é defeituoso. Portanto, se não há defeito no produto, nem na segurança que o mesmo oferece, não há que se falar em reparação de danos." (TJRJ – Comarca da Sapucaia, processo nº 3907-A, juiz Dr. Luiz Olímpio Mangabeira Cardoso, j. 30.07.2001).

²⁹ CPDC: Art. 4º, IV.

³⁰ CPDC: Art. 6º, III.

³¹ DELFINO, Lúcio, *op. cit.*, p. 113-114.

No caso das empresas fabricantes de fumo, a questão da informação e de sua qualidade reside nos arts. 9º³² e 31³³ do CPDC³⁴. Cumpre examinar, nesse passo, a importância de tais artigos para o caso em estudo.

O artigo 9º dispõe acerca da qualidade da informação e da maneira como ela deve ser prestada ao consumidor. Zelmo Denari acertadamente afirma que os produtos nocivos e perigosos que mais preocupam a sociedade são as bebidas alcoólicas e o fumo, em razão de possuírem níveis altos de consumo. Contudo, *“os fabricantes de cigarros vêm cumprindo, de forma satisfatória, a exigência legal de informar a respeito da nocividade do produto e dos riscos inerentes ao respectivo consumo. No entanto, os fabricantes de bebidas alcoólicas ainda não se conscientizaram do dever de prestar informações adequadas a respeito dos riscos inerentes à ingestão imoderada de álcool, principalmente durante o período de gestação.”*³⁵

No que concerne à qualidade das informações, observa-se que a mesma deve ser ostensiva e adequada, sendo que *“uma informa-*

³² CPDC: Art. 9º: *“O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de medidas cabíveis em cada caso.”*

³³ CPDC: Art. 31: *“A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas e 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 segurança dos consumidores.”*. Vale ainda ressaltar o art. 8º, que dispõe que: *“Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. Parágrafo único – Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devem acompanhar o produto”*.

³⁴ Verifica-se que as empresas em questão cumprem o disposto no referido artigo. Desde 1988, os maços de cigarros vendidos no Brasil contêm informações sobre os níveis de nicotina, alcatrão e monóxido de carbono, bem como apresentam também os ingredientes do cigarro. Assinalem-se, ainda, as advertências do Ministério da Saúde e as fotos de pessoas com problemas causados pelo uso do produto atualmente presentes nos maços de cigarro. É de se verificar que as informações sobre a nocividade e periculosidade do produto, fundamentais para a decisão do consumidor sobre o seu consumo acompanham o produto, cumprindo-se, assim, o disposto no art. 8º do CPDC.

³⁵ DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 146.

ção é ostensiva quando se exterioriza de forma tão manifesta e translúcida que uma pessoa, de mediana inteligência, não tem como negar ignorância ou desinformação. É adequada quando, de uma forma apropriada e completa, presta todos os esclarecimentos necessários ao uso ou consumo de produto ou serviço".³⁶

As informações prestadas pelas empresas fumígenas se adequam ao CPDC, cumprindo, rigorosamente, a legislação acerca da matéria, especificamente as portarias de números 490/88, 731/90, 1.050/90, 2.169/94 e a interministerial 477/95, a Lei 9.294/96 e o art. 220, § 4º da CRFB/88. Os males da nicotina são informados não só nas cartelas de cigarros, como também, em todas as propagandas (jornais, revistas, *outdoors* etc.) veiculadas pelos fabricantes do produto³⁷.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ "(...) Quanto à existência ou não do ato ilícito, em face da veiculação de propaganda enganosa, passarei a examinar, dividindo em dois tópicos: I – Ato Ilícito. O comportamento social do homem, lícito ou ilícito, suscita efeitos jurídicos. Neste último caso, produzem-se em detrimento do agente. Tais efeitos não são desejados, mas impostos pela ordem jurídica. A consequência jurídica do ato ilícito é a obrigação de indenizar. O estudo de sua extensão e fundamentos constitui objeto da teoria da responsabilidade civil. A doutrina da responsabilidade civil tem por fim determinar quem é o devedor da obrigação de indenizar quando o dano é produzido. No caso em exame, o autor procura responsabilizar a Ré, por haver se viciado no uso do cigarro, através de propaganda enganosa, patrocinada pela promovida, não oferecendo informação científica sobre os malefícios do uso do fumo. O art. 37 da Lei 8.078 diz no seu texto legal o seguinte: 'É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º (...); § 2º (...); § 3º (...).' Entretanto, quanto à publicidade de cigarro e bebida, a lei 9.294/96 regulamentou o art. 220, § 4º da CF, dispondo sobre as restrições ao uso e à publicidade de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. O cultivo do fumo no Brasil é atividade lícita, não existindo nenhuma ordem legal que o proíba. A Constituição de 1988 assegurou, expressamente, o direito de os fabricantes de cigarros fazerem propaganda comercial, apenas sujeito às restrições legais. A lei 9.294/96, no seu art. 3º, § 2º, disciplina a propaganda, inclusive com detalhes, senão vejamos: 'A propaganda conterà, nos meios de comunicação em função de suas características, advertência escrita ou falada sobre os malefícios do fumo, através das seguintes frases, usadas sequencialmente, de forma simultânea ou rotativa, neste última hipótese, devendo variar no máximo a cada cinco meses, todas precedidas da afirmação: O Ministério da Saúde adverte: I – fumar pode causar doenças no coração e derrame cerebral; II – fumar pode causar câncer de pulmão, bronquite crônica e enfisema pulmonar; III – fumar durante a gravidez pode prejudicar o bebê; IV – quem fuma adocece mais de úlcera no estômago; V – evite fumar na presença de crianças.' Os demais parágrafos do art. 3º disciplinam como as advertências deverão ser colocadas nas embalagens, pôsteres, painéis, cartazes e revistas. (...) A propaganda não induz ninguém a iniciar o hábito do uso do cigarro, com bem frisou a promovida contestação, apenas procurar atrair o consumidor para uma determinada marca de cigarro." (TJCE – 17ª Vara Cível de Fortaleza, processo nº 41.961, juiz Dr. Inácio de Alencar Cortez Neto, j. 17.09.1997); "(...) Há que de destacar que, por mais prejudicial que seja, o hábito de fumar revela-se um exercício do livre arbítrio. Os malefícios da nicotina sobre o organismo humano são de conhecimento geral há muito tempo. Tem-se em vista também que a Ré, em atendimento às regras do Poder Público, veicula, juntamente com seus produtos e publicidade, frases elaboradas pelo Ministério da Saúde que destacam os malefícios trazidos pela nicotina, principal substância nociva presente no cigarro. (...)". (TJMG – 16ª Vara Cível de Belo Horizonte, processo nº 024.01.000.149-3, juiz Dr. Mauro Soares de Freitas, j. 13.08.2001).

2.4. Da Publicidade

Impende, inicialmente, estabelecer a diferença entre propaganda e publicidade. Enquanto esta possui objetivos comerciais e lucrativos, voltados para a difusão de uma mercadoria específica, e tem sempre um patrocinador, aquela busca divulgar aspectos ideológicos, religiosos, filosóficos, políticos, econômicos ou sociais, excluindo, quase sempre, a idéia de benefício econômico.³⁸ Tal diferença é importante no sentido de que o CPDC não cuida da propaganda e sim da publicidade de produtos e serviços. Superada essa questão, relevante ponto seria classificar ou não a publicidade do cigarro como enganosa³⁹.

O art. 37, § 1º do CPDC define a publicidade enganosa como: *“qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos ou serviços.”*

Pela leitura, é de se verificar a existência de somente um elemento essencial para a configuração da enganabilidade da publicidade: a indução do consumidor ao erro. A falsidade da informação não é elemento essencial. Isso porque qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, mesmo que correta, ou seja, não falsa, pode ser capaz de induzir o consumidor em erro, considerando-se, então, enganosa. Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin argumenta que *“uma publicidade pode, por exemplo, ser completamente correta e ainda assim ser enganosa, seja porque informação importante foi deixada de fora, seja porque o seu esquema é tal que vem a fazer com que o consumidor entenda mal aquilo*

³⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 266.

³⁹ *“(…) não ficou comprovado nos autos haver a ré feito propaganda enganosa dos seus produtos. O autor fumou ou fuma por livre e espontânea vontade, ao adquirir uma carteira de cigarros, tem conhecimento das restrições ao consumo (...). A propaganda não induz ninguém a iniciar o hábito do uso do cigarro, (...), apenas procura atrair o consumidor para uma determinada marca de cigarro”*. (TJCE – 17ª Vara Cível de Fortaleza, processo nº 97.02.07953-5, juiz Inácio de Alencar Cortez Neto, j. 17.09.1997).

que se está realmente dizendo. É, em síntese, o conceito de enganosidade, e não de falsidade, que é essencial aqui."⁴⁰

Nesse sentido, forçoso concluir que não se pode confundir publicidade falsa com publicidade enganosa. Aquela não passa de um tipo desta. Assim como nem toda publicidade enganosa é falsa, nem toda publicidade falsa é enganosa.

No caso dos anúncios de cigarros, não se identifica qualquer vontade da empresa de deslanchar o hábito do fumo⁴¹, mas sim de buscar uma aproximação de um determinado modo de ser e viver ao produto, o que, conjuntamente, vende a marca daquele produto e tenta fazer com que o fumante opte por uma marca determinada: *"Os cigarros Hollywood ligam-se às atividades de lazer, descontração e sociabilidade; os Free a atitudes definidas e decisivas, a pessoas que tomam conta de suas vidas; os Carlton vinculam-se a situações de requinte e sofisticação."*⁴²

Ou seja, mesmo que sejam fantasiosas, e, por isso mesmo, falsas, as citadas publicidades do cigarro, nem por isso serão consideradas enganosas, pois *"não há promessa de transformar nenhuma pessoa fumante em esportista, bem sucedida ou requintada"*,^{43/44} ou seja, não enganam ninguém, e nem induzem em erro.

⁴⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. *op. cit.*, p. 258.

⁴¹ *"(...) A despeito dos argumentos expostos na inicial, não comungo, com o devido respeito, do entendimento que carrega à indústria do fumo a responsabilidade única pelas mazelas causadas ao ser humano pelo ato voluntário de fumar, não podendo ser aceita a alegação de que propaganda, muitas vezes glamourosa, leve o indivíduo adulto ao nefasto vício de fumar, pois somente com a prova de que a pessoa que assim age é incapaz de discernimento, é que tal argumento poderia ser levado em consideração. No caso dos autos, o próprio autor se qualifica como 'tabagista crônico por mais de vinte anos'; (...) não havendo prova pericial médica de que o autor não tivesse conhecimento dos males que ele próprio estava causando a sua saúde ao fumar, atitude reiterada que não foi a ele imposta por ninguém, a não ser por seu livre arbítrio. Não se nega que o problema do fumo no Brasil é um caso de saúde pública que deve ser resolvido o quanto antes para que as mortes e doenças graves causadas pelo ato voluntário, repita-se, de fumar, sejam debeladas, mas não é por causa dessa realidade que pretensões como as formuladas pelo autor devam ser, necessariamente, acolhidas, visando, em última análise, a resolução da questão com indenizações que sirvam de exemplo à indústria do tabaco. Os respeitáveis julgados a respeito do tema já proferidos no Brasil e nos Estados Unidos não têm o condão de vincular este Juízo aos entendimentos neles exarados, pois a realidade social e jurídica dos Estados Unidos é diversa da existente no Brasil, (...). Isto posto, indefiro a petição inicial e julgo extinto o processo sem análise de mérito."* (TJSP – 12ª Vara Cível de Santos, processo nº 1.493/00, juiz Dr. Rogério Márcio Teixeira, j. 12.06.2000).

⁴² TJRJ – 48ª Vara Cível da Comarca da Capital, processo nº 2001.001.000971-2, juíza Márcia Ferreira Alvarenga, j.21.07.2001.

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ *"(...) O ouvinte e o telespectador, cada qual na proporção de seus conhecimentos e experiências de vida, condições de assistir e ouvir os anúncios e fazer sua análise sobre a mensagem que eles trazem. A propaganda não afirma que usando cigarros você conseguirá namorar todas as mulheres no mundo e que poderá montar todos os cavalos selvagens. Por isso deve a pessoa sopesar os fatos e extrair suas conclusões. (...)"* (TJSP – 1ª Vara Cível da Comarca da Campinas, processo nº 3.351/2000, juiz Dr. Marco Douglas da Silva, j. 02.07.2001).

Cumpra examinar, neste passo, o conceito de indução do consumidor em erro. Fábio Ulhoa Coelho argumenta que *"para que seja considerada enganosa, a informação falsa deve ser recebida pelo destinatário da comunicação como verdadeira."*⁴⁵ Em outras palavras, deve vender ao consumidor algo que não seja verdadeiro.⁴⁶

Nessa mesma obra, complementa: *"a ninguém pareceria plausível que o consumo de certa marca de cigarro importasse no acesso a uma vida de aventuras e emoções. Por esse motivo, se tal relação é insinuada ou mesmo expressamente afirmada em uma peça publicitária, não há engano, embora seja evidente a falsidade."*⁴⁷

Nesse sentido, sobrealça a lição do mestre Fábio Ulhoa Coelho, que esclarece: *"costuma haver sempre algo de fantasioso (e, portanto, de falso) nas mensagens publicitárias. Nenhuma lingerie é usada por mulheres feias; nenhum cigarro é consumido por doentes; nenhum produto é relacionado seriamente com o fracasso pessoal ou profissional."*⁴⁸

Nesse mesmo sentido, afirmou o Desembargador José Ari Cisne: *"é fato público e notório que emprega a recorrida em suas peças promocionais, jovens saudáveis, em ambientes paradisíacos, não sendo tal prática, no entanto, monopólio da indústria tabagista, já que demonstra a experiência a inexistência de publicidade que vincule produtos a modelos desgraciosos ou cenários deprimentes, que causem repulsa ao público-alvo..."*⁴⁹

⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo, Saraiva, p. 161.

⁴⁶ *"Não conseguiu ainda o Autor se desincumbir da prova de que a propaganda feita pela Ré é enganosa ou abusiva. Como é notória a propaganda feita pelas empresas fabricantes de cigarros, o Autor eximido de provar a propaganda, porém não de demonstrar que a mesma é enganosa ou abusiva. Já há muitos anos a propaganda feita pelos fabricantes de cigarros vem sempre com a advertência de que o cigarro faz mal à saúde. Além disso, propaganda enganosa, nos termos do CDC, é aquela que é falsa, inteira ou parcialmente, e capaz de gerar dúvidas ou induzir o consumidor em erro. Ora, não se pode falar em comunicação falsa ou induzimento a erro, já que a propaganda veiculada não afirma nem nunca firmou que cigarro não faz mal à saúde, apenas demonstra que há prazer no ato de fumar, vinculando por vezes o ato de fumar com luxo, poder e atividades físicas. Não considero, pois, que haja propaganda enganosa por parte das empresas fabricantes de cigarros. (...) Assim sendo, julgo IMPROCEDENTES em sua totalidade os pedidos autorais."* (TJRJ – Comarca de Sapucaia, processo nº 3907-A, juiz de Direito Dr. Luiz Olímpio Mangabeira Cardoso, j. 30.07.2001).

⁴⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *op. cit.*, p. 161.

⁴⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor: O cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 247.

⁴⁹ TJCE – 3ª Câmara Cível. Apelação nº 1999.06702-1, Rel. Des. José Ari Cisne.

A publicidade enganosa pode também se dar por omissão, estando esta definida no § 3º do art. 37 do CPDC⁵⁰, ocorrendo quando nada diz sobre dados essenciais do produto e induz o consumidor em erro.

Definindo o que vem a ser "dado essencial", Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, leciona que *"é aquele que tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça. Três famílias principais de dados, sem a exclusão de outras, estão normalmente associadas com a publicidade enganosa por omissão: adequação (inexistência de vício de qualidade por inadequação), preço e segurança."*⁵¹

A questão da informação a respeito da nocividade e periculosidade do cigarro já foi discutida nos itens anteriores, concluindo-se que as empresas fumígenas não escondem dados essenciais do cigarro. Frise-se que os tais dados são amplamente divulgados nos anúncios publicitários das empresas fumígenas, são de conhecimento geral, e, se estão disponíveis, por exemplo, nas páginas da Internet, estão disponíveis para todos os que desejem obter maiores esclarecimentos. Conforme afirma Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, *"não seria admissível que, em 15 segundos de um anúncio televisivo, o fornecedor fosse obrigado a informar o consumidor sobre todas as características e riscos de seus próprios produtos ou serviços... só aquelas informações essenciais são obrigatórias."*⁵²

De fato, o consumidor, antes de adquirir o produto, deve ter conhecimento de todas as características do mesmo. No caso do cigarro, o que, efetivamente, pode ser considerado informação essencial, de modo a evitar que o consumidor não consuma o produto? Não basta saber que o produto é nocivo à saúde, que seu uso pode causar doenças? Se o consumidor, mesmo tendo conhecimen-

⁵⁰ CPDC: Art. 37, § 3º: *"Para os efeitos desse Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixa de informar sobre dado essencial do produto."*

⁵¹ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e. "O conceito jurídico de consumidor". **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, 1998. v. 628.

⁵² BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, *op. cit.*, p. 293.

to de todas essas informações, se utiliza do produto, o faz por escolha própria, assumindo os riscos⁵³.

Até para aquele que nunca fumou e deseja iniciar o consumo do produto, tais informações não são desconhecidas, o que seria mais importante para a caracterização da publicidade por omissão. Como bem acertou a juíza Márcia Ferreira Alvarenga: *"ademais, não se pode tapar o sol com a peneira. É obvio que todos sabem, ou já ouviram dizer sobre o mal causado pelo cigarro, pois, mesmo que não assista televisão e cinema, não leia revistas e jornais, não passe por locais onde existam outdoors e, ainda, seja analfabeto para não entender a mensagem escrita na própria cartela, duvida-se que em 30 anos de fumaça exalada, nenhuma pessoa incomodada (seja parente, amigo ou desconhecido) tenha reclamado e posteriormente alertado. O mesmo se diz em relação aos médicos, será que a vítima nunca teve um aconselhamento médico?"*^{54/55}

2.5. O Nexo Causal

2.5.1. O Cigarro Como Fator de Perigo

Há controvérsias no sentido de se entender o cigarro como o efetivo causador de doenças ou mero fator de perigo, colocando o

⁵³ "(...) não há como responsabilizar a acionada pelos apontados malefícios de produto cujo uso depende exclusivamente da iniciativa do consumidor. (...)" (TJSP – 1ª Vara da Comarca de Jaú, processo nº 58/99, juiz João Roberto Casali da Silva, j. 27.08.1999); "(...) Por outro lado, o autor não podia ignorar a existência de inúmeras matérias, as quais, como é público e notório, vêm sendo divulgadas por todos os meios de comunicação há mais de cinquenta anos sobre as conseqüências da utilização prolongada e excessiva do fumo. Assim, o autor não poderia ficar alheio a essas campanhas, ainda mais tocando em assunto que era de seu interesse como fumante. Logo, se continuou a fazer uso do cigarro, por sua própria conta e risco assumiu as conseqüências desse ato, não podendo, agora, querer atribuir essa responsabilidade ao seu fabricante, ou seja, a ré. (...)" (TJSP – 7ª Vara Cível da Capital, processo nº 00.568754-3, juiz Dr. Lincoln Augusto Casconi, j. 19.06.2001); "(...) Ainda que o autor tenha iniciado seu vício na adolescência, certo é que ao atingir a maturidade certamente deu continuidade ao consumo de cigarros e se o fez foi por sua vontade exclusiva. Se fumou muito e indiscriminadamente também o fez por vontade própria. (...). Se durante anos o autor fumou indiscriminadamente, o fez porque quis e deve arcar com as conseqüências do seu vício. (...)" (TJSP – 1ª Vará Cível de Santos, processo nº 1.797/00, juíza Drª Lucília Alcione Prata, j. 10.07.2001)

⁵⁴ TJRJ – 48ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, processo nº 2001.001.000971-2, juíza Márcia Ferreira Alvarenga, j.21.07.2001.

⁵⁵ "É incontestável que, nos países desenvolvidos, a consciência das pessoas em relação aos malefícios causados pelo uso do tabaco aumentou sobremaneira ao longo dos quatro últimos decênios, embora não o suficiente." (DELFINO, Lúcio, *op. cit.*, p. 34).

fumante em um grupo de risco, mais vulnerável às doenças cuja causa é atribuída ao tabaco. O posicionamento majoritário é no sentido de que o cigarro se apresenta como mero fator de risco, podendo ou não causar doenças, assim como a bebida alcoólica e a gordura.⁵⁶

Tal posicionamento está fundamentado em diversos estudos a respeito do tabagismo e doenças correlatas. O Dr. J. Galvão Alves, professor titular da Faculdade de Medicina Souza Marques e da Universidade Gama Filho, reconheceu que "*o tabagismo aumenta em duas vezes o risco de doença coronariana fatal e em três vezes o de doença cerebrovascular*". Outro estudo, publicado na página da Internet www.cigarro.com.br, concluiu que após 20 minutos sem fumar, a pressão sangüínea e a pulsação voltam ao normal. E que duas horas depois, já não se encontra nicotina no sangue; e, em oito horas, o nível de oxigênio no sangue se normaliza.⁵⁷ Ainda segundo o estudo, um dia é suficiente para o melhor funcionamento dos pulmões e um ano de abstinência afasta metade dos riscos de morte por infarto. De cinco a dez anos de abstinência um ex-fumante corre o mesmo risco de contrair doenças cardiovasculares de quem nunca fumou.

Inferese, portanto, que o tabagismo corresponde a um agente nocivo à saúde e coadjuvante nas principais causas de morte, como o câncer e as doenças cardiovasculares, não se podendo desprezar a ação de inúmeros outros fatores que, separadamente, já podem fazer surgir uma patologia no fumante⁵⁸.

⁵⁶ "*As empresas, simplesmente, como simples manobra de defesa, admitiram o óbvio, que o cigarro é um fator de risco, que o cigarro pode causar certas doenças. Com isso, está afirmando que o cigarro, assim como a bebida alcoólica, como a gordura, etc., pode causar danos à saúde. Esta tem sido a linha de pensamento mais seguida, tanto das empresas fabricantes de fumo, que visam a uma excludente de responsabilização diante de tal fato, como também daqueles que buscam no mesmo fato a sua responsabilização.*" (PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. *op. cit.*, p 51).

⁵⁷ PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. *op. cit.*, p. 52.

⁵⁸ "(...) Quanto à enfermidade que sofre o Autor (tuberculose pulmonar), (...) não informa sua causa. Também não pode atribuir ao consumo do fumo tal doença, já que é causada por um microorganismo específico, conhecido por bacilo de Koch, sendo que o risco de seu desenvolvimento está relacionado à imunidade celular do hospedeiro. Condições como desnutrição, predisposição genética, idade, entre outros, atuam na redução da imunidade celular, favorecendo o desenvolvimento da tuberculose." (TJCE - 17ª Vara Cível de Fortaleza, processo nº 97.02.07953-5, juiz Inácio de Alencar Cortez, j. 17.09.1997); "(...) Por outro lado, embora possa ser verdade que a grave enfermidade que o acometeu tenha se originado no tabagismo, também é impossível afirmar com segurança, e provar, que somente aquele é que deu causa à lesão a sua saúde. (...)". (TJSP - 6ª Vara Cível de Piracicaba, processo nº 1967/00, juiz Dr. Joel Valente, j. 16.04.2001).

Veja-se o caso, por exemplo, de um fumante que morreu de câncer pulmonar. No caso, existem vários fatores de risco que concorreram para aparecimento da referida doença, sendo o cigarro somente um deles, e a predisposição genética, por exemplo, outro fator. Uma pessoa que fuma, em razão de diversos fatores, pode ou não ser acometida por um câncer de pulmão. Assim como uma pessoa que jamais fumou pode também adquirir a doença.

Tal posicionamento e sua efetiva aplicabilidade no ramo jurídico é consequência direta dos hábitos da sociedade contemporânea⁵⁹. Assim como o tabagismo pode causar doenças, a ingestão de gorduras pode aumentar o colesterol, o consumo imoderado de bebidas alcoólicas pode gerar a cirrose hepática.^{60/61}

A questão do hábito no assunto em estudo é extremamente importante, levando-se em conta que não há vício ou dependência do cigarro e sim um hábito prazeroso, e, por isso mesmo, difícil de ser abandonado⁶². A realidade do dia a dia, cientificamente com-

⁵⁹ "(...) Além disso, a publicidade dos efeitos nocivos do fumo, pelas substâncias nele existentes, notadamente a nicotina, é larga de há muito, fato que, aliado ao arbítrio da pessoa quanto ao consumo, impõe reconhecer a inexistência de qualquer conduta ilícita por parte da Ré. É o próprio autor que afirma a opção pelo tabagismo desde 1963, fato pessoal a roborar a ausência de culpabilidade. Enfim, ninguém é obrigado a iniciar-se no vício de fumar e muito menos foi a Ré quem deu causa a isso em relação ao autor, o qual, de outra parte, sempre teve também o livre-arbítrio de coatar o tabagismo, como ainda o tem e tem também quanto ao consumo de eventuais outros produtos, inclusive alimentares, cuja literatura especializada muita vez realça a nocividade à saúde. Outrossim, não são as substâncias nocivas à saúde presentes nos cigarros e assemelhados os únicos fatores a alterar a bioquímica vital, fato mostrado na experiência comum e que vem corroborar a defesa da Ré. Isto posto, julgo IMPROCEDENTE a presente ação de indenização (...)." (TJSP - 21ª Vara Cível da Comarca da Capital de São Paulo, processo nº 1.080/98, juiz Dr. José Wagner de Oliveira Melatto Pelxoto, J. 22.10.1998).

⁶⁰ PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. *op. cit.*, p. 52).

⁶¹ "(...) Nesta esteira de pensamento, grande parte da população desta cidade, de origem germânica, fervorosos consumidores de cerveja, intentaria ações contra os fabricantes de tal produto, que, em tese, pode provocar a cirrose. Pediriam a devolução de tudo aquilo que gastaram comprando a bebida, que, mais tarde, entenderiam ser prejudicial à saúde. (...)". (TJRS - 3ª Vara Cível da Comarca de Santa Cruz do Sul, processo nº 41.961, juiz Dr. Sádilo Vidal Rodrigues, J. 27.05.1999); "(...) Neste sentido, o consumo de açúcar, carne vermelha também são, pela ciência de hoje, responsáveis pelo aparecimento de doenças no ser humano e, nem por isso, podem os seus produtores serem responsabilizados pelas mesmas. (...)". (TJSP - 7ª Vara Cível, processo nº 00.568754-3, juiz Dr. Lincoln Augusto Casconi, J. 19.06.2001).

⁶² "(...) Não se olvide que o ato de fumar é voluntário, i.e., foi de iniciativa do próprio autor que tinha ainda ao seu alcance tratamentos médicos anti-tabagismo, mas optou por desfrutar por longo tempo o prazer que lhe proporcionava o cigarro, não podendo, agora, em situação adversa, atribuir ilicitude à ré por fabricar e comercializar cigarros. De aplicação aqui o brocardo: "os que têm direito ao cômodo, devem sofrer os incômodos que lhe estão anexos, ou do mesmo decorrem" (Carlos Maximiliano). (...)". (TJSP - 6ª Vara Cível de Piracicaba, processo nº 1967/00, juiz Dr. Joel Valente, J. 16.04.2001); "(...) Em nenhum momento a Ré obrigou, constrangeu ou compeliu o Autor a fazer uso do cigarro da Ré. Essa decisão partiu do livre arbítrio do autor, o qual se fez uso do cigarro da ré é porque o mesmo atendia suas necessidades. (...)". (TJSP - 7ª Vara Cível, processo nº 00.568754-3, juiz Dr. Lincoln Augusto Casconi, J. 19.06.2001).

provada por diversos estudos⁶³, denota que é possível parar de fumar, mesmo se considerando todas as características da nicotina⁶⁴.

Para reforçar tal tese, a própria Organização Mundial de Saúde, em relatório que remonta a 1957, considerou as diferenças existentes entre um vício e um hábito, aduzindo que: "*vício (addiction) era um estado de intoxicação caracterizado pela compulsão, tolerância, dependência psicológica e comumente física, com seqüelas no comportamento pessoal e social. Já o hábito foi considerado uma 'condição' caracterizada pelo desejo por uma droga, pequena ou nenhuma tolerância, dependência meramente psicológica (inexistência de dependência física ou síndrome de abstinência), com conseqüências puramente individuais*"⁶⁵

Vale transcrever os argumentos das empresas fabricantes de cigarros⁶⁶, que entendem ser uma questão de livre escolha a atitude de começar e parar de fumar, e que a afirmação de que o cigarro é viciante decorre tão-somente da política anti-tabagista implementada a partir do final de década de 80, nada tendo a ver com critérios científicos^{67/68}:

⁶³ Publicação científica realizada pela Organização Panamericana de Saúde com o Banco Mundial, intitulada *Curbing the Epidemic Governments and the Economics of Tobacco Control*.

⁶⁴ "(...) Nesse ponto, pondero que a alegação do vício causado pela nicotina, a justificar a dependência do cigarro, não pode ser considerada da forma como foi colocada pelo Autor. A nicotina pode até causar dependência física e psíquica, mas não a ponto de retirar do fumante sua autodeterminação. A decisão pessoal de iniciar e continuar a fumar é fruto da escolha consciente do fumante, sendo cedida que inúmeras pessoas largam o hábito quando decidem fazê-lo, necessitando apenas de força de vontade para persistir nessa decisão. (...)". (TJDF - 12ª Vara Cível, processo nº 8.788, julz Drª. Luciana Corrêa Sette Torres, j. 29.03.2001).

⁶⁵ PEDREIRA, Adriana do Couto Lima, op. cit., p. 69.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 68, citando Luís Roberto Barroso e Sérgio Bermudes, advogados da Souza Cruz, em contestação no processo nº 96.001.084.43-1, proposto perante a 38ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, 1996.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 70.

⁶⁸ Interessante notar que os magistrados, ao julgarem esses tipos de ações, costumam, antes de tudo, fazer considerações pessoais sobre o caso. Veja-se essa sentença: "(...) Meu falecido pai, de saudosa memória, fumou desde a adolescência, ora 'palheiro', ora cigarros industrializados. Minha mãe, após a segunda década de vida, fumou por longos anos, sempre consumindo cigarros industrializados, cujas marcas não saberia dizer. Meu pai deixou de fumar por volta dos cinquenta anos, tendo vivido até os sessenta e nove, não sendo possível estabelecer relação entre o seu óbito e o hábito de fumar. Minha mãe fumou até os sessenta e nove anos de idade e hoje ostenta excelente estado de saúde. Em razão disso, quando adolescente, sempre tive a mais ampla liberdade de fumar. Meus pais, principalmente o pai, alguns tios e tias, por diversas vezes, ofereceram-me cigarros. A liberdade para fumar era completa. Mesmo assim, por opção própria, afora algumas tragadas passageiras, nunca fumel. Continuo não fumando até hoje e, acredito, não o farei pelo resto da existência. Não permito que fumem na sala de audiência em que trabalho. No entanto, não me considero antitabagista de carteirinha, os quais são, assim como todos aqueles que defendem posições extremadas, uns chatos. Ainda esclareço que nunca trabalhei em qualquer empresa fumageira, muito embora tenha tentado colocação nas mesmas, o que não logrei conseguir. Este é o ânimo do julgador em relação ao tema colocado nos autos. Talvez fosse melhor dizer que estas são as circunstâncias pessoais que influem no subjetivismo do julgador. (...)". (TJRS - 3ª Vara Cível da Comarca de Santa Cruz do Sul, processo nº 41.961, juiz Dr. Sádilo Vidai Rodrigues, j. 27.05.1999).

I – qualquer fumante é capaz de parar de fumar se desejar fazê-lo e empenhar-se por tal objetivo. Fumantes freqüentemente revelam seu gosto pelo cigarro e, compreensivelmente, as pessoas podem relutar em abandonar alguma coisa que lhe dá prazer;

II – nada no cigarro impede o fumante de tomar uma decisão consciente quanto a parar de fumar e implementá-la;

III – milhões de pessoas no Brasil e em outras partes do mundo pararam de fumar, sendo que a maioria esmagadora o fez por seus próprios meios, sem ajuda profissional;

IV – jamais foi demonstrado cientificamente que o cigarro e a nicotina do tabaco sejam viciantes. Se o termo vício puder ter alguma valia científica para descrever um comportamento, certamente será para designar o uso de drogas pesadas como a cocaína e a heroína;

V – a rigor, o termo “vício” esvaziou-se de significado científico, sendo empregado por alguns em relação ao cigarro somente pelo impacto psicológico do vocábulo.

2.5.2. A Inexistência de Nexo Causal

Conforme exposto anteriormente, a relação existente entre o fumante e as empresas fumígenas é regulada pelo CPDC e, por conseguinte, segundo os princípios da responsabilidade objetiva, somente sendo necessário provar-se o dano sofrido e o nexo causal entre fato danoso e os prejuízos, sendo desnecessária, portanto, a prova de dolo ou culpa do agente causador do dano.

In casu, para haver a condenação dessas empresas em razão dos danos causados pelo tabagismo, necessário seria somente provar a existência de nexo causal entre a morte ou adoecimento do fumante, e o tabagismo.

Tal prova, no entanto, não é possível de ser produzida. Aplicando-se a teoria da interrupção do nexo causal ou do efeito direto e imediato⁶⁹, torna-se impossível a obtenção de certeza médica quanto

⁶⁹ “ (...) à luz dessa teoria, existem duas situações distintas a serem solucionadas: quando todas as concausas são atos humanos, onde havendo um ato imputável a alguém que se interpõe entre a causa inicial e o resultado danoso apto a gerar o resultado, rompe-se o nexo causal e o último evento é o que será considerado o causador do dano para fins de responsabilidade civil; e quando dentre as concausas há um fato natural, não imputável a quem quer que seja, onde interpondo-se um fato natural que explique o dano final entre este e a causa inicial, rompe-se o nexo causal em relação a esta, e ninguém será responsabilizado pelo dano.” (PEDREIRA, Adriana do Couto Lima, *op. cit.*, p. 65).

à verdadeira causa da morte do fumante. As certidões, declarações de óbito e/ou perícias médicas não podem afirmar que o uso do cigarro levou à formação da doença que causou a morte do fumante⁷⁰.

É esse o argumento básico principal das empresas fabricantes de cigarros em suas defesas nas diversas ações propostas por consumidores do produto e seus familiares, pleiteando indenização por danos materiais e morais causados à saúde: a inexistência denexo causal entre o hábito de fumar e a ocorrência do mal causado à saúde.^{71/72}

⁷⁰ " *Responsabilidade Civil. (...) Embora recomendada, não foi realizada autópsia. Não obstante, o médico que preenche a declaração de óbito, constando ter examinado o corpo, lança como causa mortis o Enfarte Agudo do Miocárdio e Cardiopatia Hipertensiva, sendo acrescentado Tabagismo na certidão de óbito irregularmente, quando deveria constar na declaração 'causa indeterminada' ou 'morte súbita', tomando inevitável a autópsia. Histórico médico apontando numerosos fatores de risco no paciente – Hipertensão grave, hipertrofia do ventrículo esquerdo, doença coronariana, personalidade estressada, vida sedentária, além de inúmeras recomendações não atendidas para reduzir e parar com o hábito do fumo, ou ainda de observar medicação recomendada para hipertensão. Inexistência de anotação relativa a enfisema que tem maior incidência entre os fumantes. Teoria de interrupção de nexo causal, adotada pela sistemática de nosso Código Civil – art. 1.060. Omissão e equívocos da sentença. Prova produzida fora dos autos. Inocorrência de atividade ilícita da Ré. Inexistência de propaganda enganosa. Lícitude da atividade e controle da publicidade pelo estado. Inexistência de qualquer modalidade ou nível de culpa atribuível à atividade da empresa Ré. Inexistência manifesta de nexo causal. Pareceres dos mestres da medicina e de comunicações. Procedência do apelo da empresa. Improcedência do apelo do pai. Reforma da sentença. Improcedência do pedido'* (TJRJ – 10ª Câmara Cível, Apelação nº 1998.001.58, Rel. Des. João N. Spyrides, j. 23/09/1999).

⁷¹ Outros argumentos das empresas: preliminar de ilegitimidade passiva para a causa, a inocorrência de responsabilidade objetiva, a legalidade e legitimidade de sua publicidade e a excludente de responsabilidade, uma vez que o fumante assume o risco de sua conduta, já que o cigarro não vicia.

⁷² "(...) No mais, para existir responsabilidade da Ré sobre a doença adquirida pelo autor, deveria existir nexos de causalidade. Para o ato ilícito ser fonte de obrigação de indenizar, é preciso uma relação de causa e efeito entre a ação e o dano (Teoria Objetiva) (...) No caso em exame, não vejo nexos causal entre a enfermidade do autor e a conduta da Ré, senão vejamos: a promovida não praticou nenhuma ação ou omissão, na propaganda e venda de seus produtos (cigarros de várias marcas), porque obedeceu a Lei Federal nº 9.294/96, art. 3º e parágrafos (...). O autor é livre e capaz para fazer o que bem quiser, desde que não exista norma jurídica proibitiva, art. 5º, II da Constituição Federal. O ato de fumar é atividade lícita. A doença (tuberculose pulmonar) pode ser causada por vários fatores (...). Poderia o Autor argumentar a teoria da equivalência de condições, que tentaria resolver na prática o problema da relação causal, e tem o mérito da simplicidade. Contudo foi afastada por inadequada. A determinação do nexos causal é uma *quaestio facti*, daí não ser proveitoso enunciar uma regra absoluta, cabendo ao julgador examinar cada caso. (...) Pelos fatos e fundamentos acima expostos (...) JULGO IMPROCEDENTE a presente ação de reparação de danos (...).(TJCE - 17ª Vara Cível de Fortaleza, processo nº 41.961, juiz Dr. Inácio de Alencar Cortez Neto, J. 17.09.1997); "(...) Em suma, não há como se atribuir qualquer nexos de causalidade entre a fabricação do cigarro pela ré e a doença do autor, pois esta não decorreu do seu simples consumo, mas da sua excessiva utilização pelo autor, dentro do seu livre arbítrio. Portanto, se a doença teve mesmo causa precipua no fumo, o foi pela conduta do próprio autor em exceder no seu consumo. (...)". (TJSP – 7ª Vara Cível, processo nº 00.568754-3, juiz Dr. Lincoln Augusto Casconi, j. 19.06.2001)

3. JURISPRUDÊNCIA⁷³

No Brasil, o entendimento pacífico é pela inexistência de responsabilidade das empresas fumígenas. Os processos movidos por fumantes e ex-fumantes tiveram início em 1995 e, desde então, foram propostas 344 ações. Destas, já foram encerradas 162, sendo que 156 julgadas favoravelmente aos argumentos defendidos pelos fabricantes de cigarros e apenas 6 desfavoráveis, as quais ainda estão pendentes de recurso. Das 73 ações transitadas em julgado, todas foram favoráveis às empresas, não tendo as mesmas, até a presente data⁷⁴, gasto um centavo em indenizações a fumantes ou familiares. As estatísticas demonstram ser São Paulo o estado com maior número de ações em curso (84), seguido pelo Rio de Janeiro (34) e Rio Grande do Sul (33).

Especificamente no Nordeste do país, os Estados com maior número de ações propostas são o Ceará, com 24, o Rio Grande do Norte, com 17, e o estado do Alagoas, com 4 ações em curso. No Rio Grande do Norte, as 4 ações julgadas até o momento foram improcedentes, bem como as do estado do Ceará, onde já foram julgadas 18 ações semelhantes, sendo 5 confirmadas pelo Tribunal. No estado do Rio de Janeiro, já foram propostas 42 ações, com 23 sentenças favoráveis às empresas fabricantes de cigarros. Destas, 15 já foram confirmadas pelo Tribunal de Justiça do Estado. Já no estado do Rio Grande do Sul, já foram propostas 38 ações indenizatórias contra fabricantes de cigarro, com 15 resultados favoráveis a essas empresas.

No cenário internacional, verifica-se que nos Estados Unidos as ações propostas contra a indústria de cigarros tiveram início na década de 50 e, até hoje, já foram movidas mais de sete mil ações. As poucas sentenças que condenaram as indústrias americanas a pagar indenizações aos fumantes encontram-se pendentes de recurso ou foram revertidas pelos Tribunais. A única exceção foi o chamado "Caso Carter", em que um fabricante americano foi condenado a pagar cerca da 700 mil dólares.

⁷³ Informações extraídas da *Revista Conjur* (www.conjur.com.br) de 25.06.2003, 16.07.2003, 25.07.2003, 06.08.2003, 10.09.2003, 18.09.2003, 25.09.2003, 30.10.2003, 11.11.2003, 24.11.2003 e 08.12.2003. A estatística tem como base as ações em que se verificam a presença da empresa Souza Cruz no pólo passivo.

⁷⁴ Janeiro de 2004.

As decisões dos Tribunais da Argentina, Itália, França, Finlândia, Noruega, Austrália e outros países têm consistentemente rejeitado os pedidos de indenização.

CONCLUSÃO

Ao ensejo de conclusão desse estudo, cita-se, inicialmente, as palavras do juiz Sadilo Vidal Rodrigues, tendo-as como base o fechamento desse texto: *"O hábito de fumar acompanha o ser humano desde os seus primórdios, mesmo quando ainda não havia a industrialização do cigarro, sendo o próprio fumante quem, de maneira artesanal, confeccionava o seu cigarro. As campanhas contra o fumo aumentam a cada dia, tanto na sua intensidade quanto na ferocidade dos seus mentores. Mesmo assim, para o desespero dos mesmos, o hábito do fumo nunca acabará. Acaso fossem fechadas as indústrias, o homem voltaria a confeccionar o seu próprio cigarro, no caso dos gaúchos o velho e conhecido 'palheiro'. (...) O dito comportamento politicamente correto, tão em voga nos nossos dias, que busca, entre outros desideratos, acabar com o hábito de fumar, é patrocinado por meia dúzia de chatos, com a condescendência da mídia, e visa a pautar e padronizar padrões de vida que entendem corretos. Na realidade, no mais das vezes, atentam contra o prazer e o encanto do viver. Não consideram a liberdade pessoal de cada um. É, no dizer do Professor Galeno, 'andor iconoclasta e irracional' que redundaria 'por proscrever da face da terra as indústrias de vinhos, de whiskeys, de licores, que tanto sublimam a cultura humana'. Traçando paralelo com o caso dos autos, lembro, por público e notório, o comportamento do jornalista Paulo Santana, o qual apregoa aos quatro ventos o prazer que lhe traz o cigarro, e, mesmo diante das advertências dos amigos e da consciência dos malefícios que o fumo pode acarretar, continua cultivando o hábito. Será que os seus familiares, no futuro, após o seu passamento, teriam condições, até morais, de pleitear indenização por algo que lhe causou tanta satisfação pessoal, tanto prazer, mesmo que admitidos eventuais malefícios. Será que o referido jornalista, acaso fosse privado de tal prazer, seria a pessoa destacada e, parece, feliz que é hoje? (...) As ações contra fumageiras parecem ser o próximo veio a ser explorado, na área jurídica, visando o ganho de dinheiro. Como foi o*

*dano moral, o qual está, aos poucos, sendo colocado nos seus devidos contornos pelos nossos tribunais. (...).*⁷⁵

Efetivamente não é possível imputar-se a alguém a responsabilidade por atos próprios, e, tratando do caso sob análise, atos conscientes. O livre arbítrio na tomada de decisões sempre foi o que impulsionou a sociedade ao desenvolvimento⁷⁶ no sentido do progresso tecnológico e econômico. E principalmente na sociedade moderna, esse livre arbítrio está supervalorizado, pois vive-se em uma era informatizada, globalizada, na qual é difícil aceitar a ignorância total acerca de qualquer assunto.

Tem-se que o fumante, sabedor dos malefícios que o fumo pode causar à saúde, faz uma opção entre o risco de adquirir doença e o prazer de fumar, no exercício, sim, de seu livre arbítrio, mas nunca por exclusiva “tentação” criada pela publicidade das empresas. Nesse sentido, o notável Luiz Fux assim decidiu: *“O livre arbítrio da pessoa humana implica em que a morte decorrente de eventuais abusos com o uso de substâncias advertidamente nocivas encerra infortúnio imputável à própria vítima e excludente de toda e qualquer responsabilidade objetiva”*.⁷⁷

⁷⁵ TJRS – 3ª Vara Cível da Comarca de Santa Cruz do Sul, processo n.º 41.961, juiz Dr. Sadilo Vidal Rodrigues, j. 27.05.1999. Cabe, ainda sobre a citada sentença, informar que o juiz fez questão de deixar claro desde o início que jamais fumou.

⁷⁶ *“Fumar pode ser um suicídio em longo prazo. De tal forma que a culpa exclusiva do falecido que fumou durante longos anos, na máxima da autonomia da vontade e do livre arbítrio, ciente e consciente de que o tabagismo é prejudicial à saúde.”* (TJCE - 25ª Vara Cível de Fortaleza, juíza Dr.ª Lira Ramos de Oliveira, J. 11.11.2003); *“(...) De acordo com numerosos estudos, o cigarro faz mal à saúde. Todavia, o promovente jamais foi obrigado a consumi-lo. Se fumou foi por livre e espontânea vontade, não podendo, agora, passados tanto anos (é o que diz), pretender responsabilizar ou dividir com a parte ré pela sua incúria em não permitir que o cigarro fizesse parte da sua vida. Há no mercado tantos e tantos outros produtos que, segundo divulgam revistas, periódicos, jornais e outros canais de manifestações escritas e orais, fazem mal à saúde. Mas o consumidor a eles adere livremente. Não há prova nesses autos de que a promotora obrigou o autor a consumir seus produtos. Não se queira culpar a propaganda pela invigilância no consumir os produtos que oferta. Transferir responsabilidades é algo que não deve ser estimulado. Ante as razões acima expedidas, julgo IMPROCEDENTE o pedido formulado na inicial (...).”* (TJCE - 18ª Vara Cível de Fortaleza, processo n.º 2.527/99, juiz Dr. Francisco Barbosa Filho, J. 30.04.1999).

⁷⁷ TJRJ - 10ª Câmara Cível, Apelação n.º 58/98, Rel. Des. Luiz Fux, j. 23/03/1999.

Reside nesse ponto a principal questão sobre o assunto. Todos os outros argumentos podem ser considerados como complementares ao estudo, necessários, obviamente, para a fundamentação da inexistência de responsabilidade das empresas fumígenas, uma vez que, acaso não fosse a própria vontade da pessoa em dar início ou continuidade ao uso do cigarro, ou, por outro lado, em não procurar meios de não consumir o produto, não seria necessária a presente discussão.

Efetivamente, a Lei 8.078/90 possui como objetivo a proteção do consumidor, e não excluiu de tal proteção o fumante. Deve-se levar em conta, no entanto, que tal proteção visa o equilíbrio das forças dentro de uma relação de consumo (art. 4º, III do CPDC⁷⁸), não podendo gerar a superproteção do consumidor em desfavor do fornecedor.

Nesse sentido, em se considerando, por um lado, o cumprimento, por parte dos fornecedores, da legislação acerca da matéria e o respeito aos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, por outro lado, a efetiva proteção do fumante, consumidor vulnerável, mas que, por opção própria, decide por consumir um produto que pode causar riscos à sua saúde, não há que se imputar qualquer responsabilidade às empresas produtoras de cigarro.

Assim, entende-se que o julgamento mencionado na introdução se constitui em posição isolada (o próprio TJRS, através de outro Órgão fracionado, julgou, um mês após, em sentido diverso⁷⁹), totalmente dissonante da larga maioria que, adotando os argumentos aqui esposados, conclui pela irresponsabilidade das empresas, garantindo às mesmas a invencibilidade no que concerne às Ações indenizatórias. ♦

⁷⁸ CPDC, art. 4º, III: "A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia nas relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores".

⁷⁹ TJRS – 2ª Câmara Especial Cível, Rel. Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, unânime, j. 08.12.2003.