

A TEORIA DO RISCO CONCORRENTE E O CIGARRO¹

Flávio Tartuce.²

Para encerrar este estudo, cumpre demonstrar as aplicações práticas da *teoria do risco concorrente* nas questões relativas ao cigarro, ou seja, a responsabilidade civil que decorre do tabagismo. É preciso dizer que, quando o presente estudo foi imaginado, o foi justamente para tentar trazer uma solução viável para o dever de reparar que advém do uso do cigarro. Desse modo, verifica-se que a partir do *caso* foi concebida a presente premissa jurídica.

O tema do tabagismo está no cerne das discussões sociais e jurídicas da contemporaneidade, conforme demonstrado em momentos anteriores deste estudo, sobretudo pelos comentários a notícias jornalísticas. Destacam-se, nesse contexto, as fortes restrições legislativas ao uso do cigarro, especialmente em locais fechados, por uma questão de saúde pública e interesse social. Após a entrada em vigor, no Estado de São Paulo, da Lei n. 13.541/2009, outras unidades da federação resolveram copiar a iniciativa de tal proibição, como é o caso do Rio de Janeiro (Lei n. 5.517/2009).

O que se pode dizer, até o momento de elaboração deste estudo, é que citada *lei antifumo* passou a ter ampla aplicação na cidade de São Paulo. Muito mais do que a fiscalização por parte dos órgãos públicos,

¹ Capítulo da tese de doutorado *A teoria do risco concorrente na responsabilidade objetiva*, defendida na Faculdade de Direito da USP no ano de 2010, sob orientação da Professora Titular Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. O trabalho foi convertido no livro *Responsabilidade civil objetiva e risco. A teoria do risco concorrente*. São Paulo: GEN/Método, 2011. O autor cedeu esta parte da obra para publicação exclusiva no site da *Aliança do Controle do Tabagismo*.

² Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUCSP. Graduado pela Faculdade de Direito da USP. Coordenador e professor dos cursos de pós-graduação *lato sensu* da Escola Paulista de Direito. Professor do programa de mestrado e doutorado da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP-ALFA). Professor da Rede de Ensino LFG-Anhanguera. Advogado e consultor jurídico. Autor de obras pelo Grupo GEN.

os cidadãos e as entidades privadas têm colaborado para sua efetivação. Isso porque a proibição ou o não uso do cigarro parece estar impregnado no senso comum, não só no Brasil mas em todo o Planeta.

A demonstrar tal evidência, a revista *Veja* publicou notícia, em sua edição de 25 de novembro de 2009, com o título “A morte lenta do cigarro”.³ A reportagem inicia-se com a seguinte constatação mundial, após tratar da realidade brasileira de restrições ao cigarro: “A constatação dos tempos atuais é inequívoca: a moda contra o cigarro, que agora se espalha pelo Brasil, pegou. Pegou nas democracias do Ocidente e, em certos casos, até mesmo em países mais pobres. Em alguns, as restrições são ousadas (Irlanda, 2004: o cigarro é banido até do símbolo nacional, os pubs). E outros são proibições ainda tímidas (República Checa, 2006: começou o veto ao cigarro nas escolas). Há países onde a lei funciona perfeitamente bem (Suécia, 2005: o cigarro sumiu dos locais públicos). Há outros em que é ignorada (Paquistão, 2003: fuma-se até dentro dos órgãos públicos). Apesar das diferenças de ritmo e de intensidade o banimento do cigarro parece inexorável no Ocidente. O melhor exemplo talvez seja a França, a Paris dos cafés, dos maços de Gauloises colocados com o elmo alado dos gauleses outrora invencíveis. Em 1991, entrou em vigor uma lei que baniu o cigarro dos locais públicos e exigia que os restaurantes criassem áreas para não fumantes. Foi francamente ignorada. No ano passado, uma nova lei, mas rígida que a anterior, pegou. O cigarro é a droga mais popular do século XX. Teve a mais espetacular trajetória de um produto no surgimento da sociedade de massas. No apogeu, era símbolo das mais instintivas ambições humanas: a riqueza, o poder, a beleza. No ocaso, virou câncer, dor e morte”.⁴

³ REVISTA VEJA. São Paulo: Abril, Edição 2.140, ano 42, n. 47, 25 nov. 2009, p. 163-166. Reportagem assinada pelo jornalista André Petry, de Nova York, Estados Unidos da América.

⁴ REVISTA VEJA. São Paulo: Abril, Edição 2.140, ano 42, n. 47, 25 nov. 2009, p. 163.

Na verdade, parece-nos que a permissão para o uso totalmente livre e indiscriminado do cigarro foi um erro histórico da humanidade, por óbvio influenciado por questões econômicas e pelo poderio político latente das empresas de tabaco. Trata-se de um erro que necessita ser corrigido. A afirmação pode parecer forte, sobretudo para as pessoas que compõem as gerações anteriores. Todavia, para as gerações sucessivas, o erro é perfeitamente perceptível, em especial se for considerada a cultura contemporânea da saúde e do bem-estar de vida (*wellness life*).

Tal engano da humanidade foi constatado pelo sociólogo Sérgio Luís Boeira, em sua obra *Atrás da cortina de fumaça*.⁵ Ao analisar a questão histórica, o pesquisador aponta para o fato de que a “expansão da manufatura de tabaco acentua globalmente após a Independência dos EUA. Primeiro, porque mesmo durante a guerra de independência os europeus incrementam a importação de fumo da América Latina e do Caribe e promovem o cultivo em outras regiões – como Áustria, Alemanha, Itália e Indonésia. Segundo, porque após a libertação estadunidense, a Inglaterra perde o monopólio da fabricação de pastilhas, rapé, cigarros e tabaco de pipa. Este fato provoca o surgimento de fábricas, ainda que rudimentares, baseadas na manufatura, e não em máquinas”.⁶ Mais à frente, demonstra o sociólogo que o cigarro tornou-se substancialmente popular na segunda metade do século XIX, estimulado o seu uso pela urbanização e pelo ritmo de vida da modernidade e do capitalismo, fortemente influenciado pelo modo de vida norte-americano (*American way of life*).⁷ No século XX,

⁵ BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica. Tese – (Doutorado) Itajaí: Universidade Federal de Santa Catarina, 2002. Trata-se de tese de doutorado da área de ciências humanas, defendida perante a Universidade Federal de Santa Catarina.

⁶ BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 48.

⁷ A respeito desse período, expõe o sociólogo: “Fumar cigarros torna-se mais prático do que fumar charuto ou cachimbo, o que induz muitos à experimentação e possivelmente ao hábito ou vício”

incrementou-se o desenvolvimento concreto e efetivo das indústrias de tabaco, sobretudo americanas e britânicas, ocorrendo também, nesse período, o surgimento dos primeiros estudos relativos aos seus males.⁸

O pesquisador destaca que os movimentos antitabagistas e antifumo cresceram significativamente na segunda metade do século, encontrando o seu apogeu na virada para o século XXI e no seu início, conforme já demonstrado. Na década de 1990, as entidades públicas de saúde descobriram que as próprias empresas de cigarro haviam documentado os graves males do produto, não revelando tais dados, por óbvio, para a sociedade.⁹ É interessante pontuar que muitos julgadores utilizam a existência de tais documentos como argumento para as decisões, apesar de os *cultuadores do cigarro* ignorarem ou negarem a existência de tais estudos.

Para demonstrar a magnitude desse grave *engano humano*, Sérgio Boeira faz profunda análise dos efeitos biomédicos e

(BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 51).

⁸ “O governo dos Estados Unidos publica em 1964 um relatório de grande impacto na opinião pública e, em 1972, aprofunda a investigação sobre os riscos do tabagismo e estabelecendo uma relação entre tabaco e várias enfermidades graves (Fritscheler, 1975). Publicações do serviço público de saúde dos EUA provocam recuo nas vendas. A dinâmica entre produção e consumo torna-se mais complexa. Entre 1900 e 1950, as vendas de cigarros nos EUA somente deixam de superar as do ano anterior em quatro ocasiões, enquanto que entre 1950 e 1977 isto ocorre sete vezes. Depois de 1964 – portanto, na transição do capitalismo organizado para o capitalismo dito desorganizado –, quase todas as firmas do setor se dedicam a operações tanto no exterior como no mercado interno” (BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 56).

⁹ Vejamos o teor da pesquisa de Sérgio Boeira: “Em meados da década de 1990, os órgãos públicos de saúde descobrem que desde a década de 1950, há, nos laboratórios das empresas fumageiras, pesquisa científica sigilosa e em profundidade sobre os efeitos do tabagismo. Obra capital neste sentido é *The Cigarette Papers*, que tende a ser reconhecida como um marco na história da luta antitabagista – embora seja limitada teórica e metodologicamente pelo paradigma disjuntor-redutor. O que Glanz e sua equipe chamam de irresponsabilidade e maneira enganosa é basicamente o fato de que a indústria mantém em segredo pesquisas científicas que contrariam frontalmente os seus próprios discursos públicos, tendo sido comprovadas alterações e supressões de trechos considerados perigosos para a imagem pública das empresas. Tais documentos da BAT e Brown & Williamson reconhecem que o tabagismo é causa determinante de uma variedade de doenças – e por isso mesmo, durante vários anos, os empresários investiram em pesquisas para identificar e remover toxinas específicas encontradas na fumaça de cigarros” (BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 426). As denúncias relativas aos documentos da Brown & Williamson estão relatadas no filme de Michael Mann, *O Informante* (1999).

epidemiológicos do consumo do cigarro, o que não deixa qualquer dúvida a respeito dos males do produto, diante das inúmeras fontes interdisciplinares pesquisadas.¹⁰ Assim, a partir das conclusões divulgadas pela Organização Mundial da Saúde, evidencia-se que o cigarro constitui um *fator de risco de danos à saúde*.¹¹ O entendimento das entidades médicas é no sentido de que *não existe consumo regular de tabaco isento de risco à saúde*.¹² Os estudos demonstram que há 4.720 substâncias tóxicas na composição do cigarro, sendo 70 delas causadoras de câncer. E mais, a respeito dessa doença: “A participação do tabagismo como fator de risco é bastante elevada, em alguns casos, inclusive tornando ineficaz a quase totalidade dos tratamentos médicos que excluam a superação do vício”.¹³

Há duas tabelas bem interessantes apresentadas por Sérgio Boeira em sua obra. A primeira demonstra os tipos de câncer mais comuns e o percentual de doentes que são fumantes. Vejamos: câncer de pulmão, 80% a 90% são fumantes; câncer nos lábios, 90%; na bochecha, 87%; na língua, 95%; no estômago, 80%; nos rins, 90%; no tubo digestivo (da boca ao ânus), 80%. A segunda tabela expõe os principais tipos de câncer no mundo, destacando-se em negrito aqueles têm relação com o tabagismo, a saber: 1º) **câncer de pulmão**; 2º) **câncer de estômago**;

¹⁰ BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 79-91. A relação entre cigarro e certas doenças, tais como câncer no pulmão, bronquite crônica, enfisema pulmonar, doenças coronarianas, acidentes vasculares cerebrais, *doença de Buerger (tromboangeíte* – obstrução de artérias e veias de pequeno e médio calibre), impotência sexual, calvície e irritações na vias superiores, também pode ser encontrada em: DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 43-59.

¹¹ “As médias estatísticas podem mostrar sinteticamente a importância deste ou daquele fator de risco, sendo portanto muito úteis como instrumento de políticas de saúde pública. Enquanto o modelo biomédico fornece a base conceitual para o conhecimento específico das substâncias, a estatística constitui-se como um dos pilares da epidemiologia – sendo as ciências biológicas e as ciências sociais os outros dois, na análise da saúde pública” (BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 80).

¹² BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 82.

¹³ BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 86.

3º) **intestino**; 4º) fígado; 5º) mama; 6º) **esôfago**; 7º) **boca**; 8º) colo do útero; 9º) próstata; 10º) bexiga.¹⁴

Ora, a tabela comparativa exposta já tem condições técnicas de afastar a tese da impossibilidade de prova do nexo de causalidade nas ações de responsabilidade civil fundadas no câncer decorrente do tabagismo, conforme prega parte considerável da doutrina e da jurisprudência, e cujos argumentos serão devidamente rebatidos. Nos casos dos males destacados, não há dúvida de que é possível estabelecer uma relação de causa e efeito entre a colocação de um produto tão arriscado no mercado – no caso, o cigarro – e os danos causados aos seus consumidores.

Como forte e contundente tática ao consumo utilizada pelas empresas de tabaco, destaca-se sobremaneira o papel que a publicidade e os meios de *marketing* sempre exerceram para *seduzir* ao uso do produto, levando as pessoas à experimentação e, conseqüentemente, ao vício. Para a devida pesquisa, este autor compareceu à exposição *Propagandas de cigarro – como a indústria do fumo enganou você*, com mostra de cartazes e vídeos relativos à publicidade do cigarro nos séculos XIX e XX. A exposição foi realizada na cidade de São Paulo, na Livraria Cultura do Conjunto Nacional, entre os dias 15 e 26 de outubro de 2009.¹⁵

¹⁴ BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 86.

¹⁵ Assim foi descrita a mostra pela própria Livraria Cultura, com menção à origem dos seus estudos: “A mostra ‘Propagandas de Cigarro – Como a indústria do fumo enganou você’ chega ao Brasil no dia 15 de outubro, após grande sucesso de público nos Estados Unidos, e fica em cartaz no espaço de exposições da Livraria Cultura do Conjunto Nacional até 26 de outubro. O público poderá ver 63 peças publicitárias em prol do cigarro produzidas entre os anos 1920 e 1950 (impressas e para TV) nos EUA e coletadas pelos médicos Robert K. Jackler e Robert N. Proctor, professores da Universidade de Stanford. Fazem parte do acervo diversas peças mantidas hoje no Smithsonian Institution. A exposição, realizada no Brasil com exclusividade pela agência de publicidade Nova S/B, mostra como a indústria do tabaco manipulou a propaganda para esconder os efeitos nocivos do cigarro. Em um exemplo claro dessa estratégia para atingir a jovens, chegava-se a usar imagens de bebês, crianças, artistas e até de um Papai Noel fumando, além de envolver o prestígio de médicos e a divulgação de pesquisas pseudocientíficas” (Disponível em: <<http://www.livrariacultura.com.br/scripts/eventos/resenha.asp?nevento=175&tipoEvento=exposicao&sid=011&k5=1F408A07&uid>>). Acesso em: 18 dez. 2009). Demais informações a respeito de tais

Entre as diversas peças das campanhas publicitárias da época, de início, cumpre destacar aquelas que têm relações com os temas familiares e a criança. Não deixa de chocar o cartaz em que aparece um bebê de colo dizendo à mãe: “Nossa, mamãe, você certamente aprecia o seu Marlboro!”.¹⁶ Na mostra, foram expostas também peças de publicidade em que crianças distribuem caixas de maços de cigarro aos pais. Ainda no que concerne a temas da família, produtos como o *Lucky Strike*, o *Pall Mall* e o *Murad* associavam as suas marcas à figura do Papai Noel, que aparecia fumando em suas campanhas de vendas.

É bem conhecida a relação do cigarro com ídolos do cinema e do esporte. Na exposição visitada, foram encontrados cartazes publicitários de cigarro com figuras como Lucile Ball, Eva Garbor, o Gordo e o Magro, John Wayne, Frank Sinatra, Ronald Reagan (à época, ator), Babe Ruth (um dos principais ídolos do beisebol no século passado) e Frank Gifford (jogador de futebol americano, em 1957 um jovem fumante do *Lucky Strike*), entre outros.¹⁷ Nas últimas décadas do século XX, inclusive no Brasil, muitas marcas estabeleciam correlação entre cigarro e esporte, como a marca Hollywood, que explorava os emergentes esportes radicais com o mote: “o sucesso”.

Além disso, as empresas de cigarro também buscavam relacionar o produto a supostos estudos científicos – ou *pseudocientíficos*, conforme se verificou na exposição. Assim, profissionais da saúde supostamente aprovavam o cigarro. Diz-se *supostamente* porque os médicos e profissionais que apareciam nas imagens não eram reais, mas, sim, figuras criadas tão somente para as campanhas de oferta ao público.¹⁸

estudos e da exposição, inclusive com as peças publicitárias, podem ser colhidas no site: <<http://tobacco.stanford.edu>>. Acesso em: 18 dez. 2009.

¹⁶ Imagem disponível em: <<http://lane.stanford.edu/tobacco/index.html>>. Acesso em: 18 dez. 2009.

¹⁷ Imagens disponíveis em: <<http://lane.stanford.edu/tobacco/index.html>>. Acesso em: 18 dez. 2009.

¹⁸ Podem ser destacados os seguintes lemas relativos a temas científicos: “20.679 médicos afirmam que LUCKY STRIKE irrita menos”; “A ciência descobriu: você pode provar ALWAYS MILDER”; “Dentistas recomendam VICEROYS”; “Mais médicos fumam CAMELS do que outros cigarros”

Por fim, a respeito das campanhas de publicidade anteriores, a mostra visitada demonstra que algumas marcas enunciavam até que o cigarro fazia bem à saúde. Mais uma vez entravam em cena estudos falsos e manipulados, com o intuito de enganar os consumidores, levando-se à experimentação ou à continuidade do uso do cigarro.¹⁹ O ato de fumar era associado ao bom-senso, tanto que se enunciava que os formadores de opinião fumavam, caso dos educadores e cientistas.²⁰

Todas essas publicidades foram veiculadas em momentos históricos em que ainda não estavam amplamente difundidos os terríveis males do cigarro. E as empresas de tabaco aproveitaram-se muito bem desse fato, introduzindo o ato de fumar no *DNA social* de algumas gerações. Atualmente, tais campanhas contrastam com a obrigatoriedade de propagação de ideias antitabagistas, que constam dos maços, o que inclui o Brasil.²¹ Na contemporaneidade, podem ser notadas nos maços fotos e

(Imagens disponíveis em: <<http://lane.stanford.edu/tobacco/index.html>>. Acesso em: 18 dez. 2009). Da exposição foi anotada a seguinte observação constante em cartaz que a compunha, ainda relativa a questões da classe científica: “A RJ REYNOLDS distribuiu gratuitamente maços de CAMEL a médicos durante convenções. Ao saírem, os médicos eram questionados sobre qual marca de cigarro levavam em seus bolsos. Os resultados dessas pesquisas eram usados em anúncios”.

¹⁹ Vejamos alguns “motes saudáveis” encontrados em publicidades que compõem a mostra visitada: “CAMEL nunca causa estresse”, “SALEM é refrescante como a primavera”, “CAMELS é bom para o estresse”, “Garganta sensível? Fume KOLL”, “Para manter um corpo esbelto, LUCKY STRIKE”, “Encare os fatos. Quando sentir vontade de escapar da dieta, alcance um LUCKY” (Imagens disponíveis em: <<http://lane.stanford.edu/tobacco/index.html>>. Acesso em: 18 dez. 2009).

²⁰ Outra frase interessante encontrada no estudo da Universidade de Stanford: “Por toda a América, mais cientistas e educadores fumam KENT com filtros micronite”. Há até indicações do cigarro para tratamentos médicos: “DR. BATTY. Para a sua saúde. Cigarros para asma. Desde 1882. Tratamento efetivo para asma, rinite, falta de ar, doenças da garganta. *Não recomendado para crianças abaixo de 6 anos” (Imagens disponíveis em: <<http://lane.stanford.edu/tobacco/index.html>>. Acesso em: 18 dez. 2009).

²¹ No Brasil, foi a Resolução RDC n. 104, de 31 de maio de 2001, da Agência Nacional da Vigilância Sanitária (Anvisa), a primeira norma a impor que: “Art. 1º Todos os produtos fumígenos derivados do tabaco, conterão na embalagem e na propaganda, advertência ao consumidor, sobre os malefícios decorrentes do uso destes produtos. § 1º Entende-se por embalagem, os maços, carteiras ou box, pacotes, latas, caixas e qualquer outro dispositivo para acondicionamento dos produtos que vise o mercado consumidor final. § 2º Entende-se por propaganda, os pôsteres, painéis e cartazes afixados na parte interna dos locais de venda”. A norma foi alterada pela Resolução RDC n. 14, de janeiro de 2003, e revogada pela Resolução RDC n. 335, de 21 de novembro de 2003, atualmente em vigor, com algumas alterações de redação. Entre as modificações, destaca-se o intuito mais agressivo das campanhas de conscientização, merecendo destaque o art. 2º da nova resolução, que assim enuncia: “Art. 2º Para os produtos fumígenos derivados do tabaco, as advertências abaixo transcritas serão usadas de forma simultânea ou sequencialmente rotativa, nesta última hipótese devendo variar no máximo a cada cinco meses, de forma legível e ostensivamente destacada, e serão acompanhadas por imagens, todas precedidas da afirmação ‘O Ministério da Saúde Adverte’: 1. Esta necrose foi causada

imagens de doentes terminais de câncer, de fetos mortos, de pessoas com membros amputados, de mulheres com peles envelhecidas, de homens inconformados com a impotência sexual, entre outros – tudo em relação causal com o hábito de fumar. O Ministério da Saúde brasileiro há tempos adverte sobre os males do cigarro, conforme orientação do art. 220, § 4º, da Constituição Federal de 1988.²² Anote-se, por oportuno, que a comparação a respeito da informação é fundamental para este estudo, a fim de se verificar a questão da assunção do risco pelo fumante, incidindo de forma diversificada na *teoria do risco concorrente*.

pelo consumo do tabaco. 2. Fumar causa impotência sexual. 3. Crianças que convivem com fumantes têm mais asma, pneumonia, sinusite e alergia. 4. Ele é uma vítima do tabaco. Fumar causa doença vascular que pode levar à amputação. 5. Fumar causa aborto espontâneo. 6. Ao fumar você inala arsênico e naftalina, também usados contra ratos e baratas. 7. Fumar causa câncer de laringe. 8. Fumar causa câncer de boca e perda dos dentes. 9. Fumar causa câncer de pulmão. 10. Em gestantes, fumar provoca partos prematuros e o nascimento de crianças com peso abaixo do normal”.

²² CF/1988. “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. [...] § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”. Regulamentando o Texto, a Lei n. 9.294/1996 trata das restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. Curioso verificar que o art. 2º da norma já era expresso nos seguintes termos: “É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo, privado ou público, salvo em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente”. Eis um exemplo de uma lei que não teve a efetividade prática devida, por diversos fatores, notadamente por questões culturais. Em verdade, as leis municipais e estaduais do século XXI têm mostrado mais efetividade do que a citada lei federal.

Pois bem, repise-se que o tabagismo está na ordem do dia dos debates jurídicos da pós-modernidade, sejam eles travados no âmbito doutrinário ou jurisprudencial. Quanto aos julgados, as decisões a respeito do tema no Brasil começaram a surgir na última década do século passado, notadamente em ações propostas pelos próprios fumantes ou por seus familiares, em casos de morte. Esses julgados anteriores – e que ainda predominam – são no sentido de se excluir a responsabilidade civil das empresas de cigarros pelos males causados aos fumantes, por meio de vários argumentos.²³

²³ Para ilustrar, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, do ano de 1999, ao aplicar a prescrição quinquenal do Código de Defesa do Consumidor, bem como a culpa exclusiva da vítima: “RESPONSABILIDADE CIVIL DE FABRICANTE. TABAGISMO. DOENÇA INCURÁVEL. DANO MORAL. PEDIDO GENÉRICO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. EXTINÇÃO DA AÇÃO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL E ESTÉTICO. LARINGECTOMIA DECORRENTE DE USO DE CIGARRO. Agravo de instrumento contra decisão, proferida em audiência, que rejeitou as preliminares de inépcia da inicial e de prescrição, como também indeferiu expedição de ofícios aos hospitais e médicos que trataram do autor e designou prova pericial médica. Provimento. Nas ações de indenização por dano moral, o pedido há de ser certo e determinado, assim como o valor da causa deve ser declarado pelo autor. Vulnerabilidade do princípio do contraditório pelo entendimento contrário. Hipótese que não encontra amparo para formulação de pedido genérico. Inteligência do CPC, [286. Aplicação do CPC](#), 284. Prescrição. Pedido baseado na Lei n. 8079/90. Prescrição quinquenal. Aplicação do art. 27 CDC. *Dies a quo* contado do dano e do conhecimento do autor dele. Fato notório, há mais de 5 anos da propositura da ação, de que o tabagismo é um dos maiores responsáveis pelo câncer na laringe. Extinção do processo, com julgamento do mérito. Aplicação do CPC, 269, IV” (TJRJ, Agravo de Instrumento n. 3350/1999, Rio de Janeiro, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Julio Cesar Paraguassu, julgado em 25/11/1999). Do mesmo Tribunal, também de 1999, concluindo pela inexistência de nexo de causalidade, diante da licitude da atividade da empresa que desenvolve a atividade: “RESPONSABILIDADE CIVIL DE FABRICANTE. TABAGISMO. MORTE. NEXO DE CAUSALIDADE. INEXISTÊNCIA. ART. 1.060. C. CIVIL DE 1916. RESSARCIMENTO DOS DANOS. REFORMA DA SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL. Ação ajuizada pela mulher, dois filhos e pelo pai de falecido sob alegação de morte por tabagismo pleiteando 3.000 salários-mínimos para cada um por dano moral além de pensões para os primeiros. Pedido dos três primeiros julgado parcialmente procedente e improcedência do pedido do quarto autor. Paciente que chega morto no posto de assistência médica. 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 infarto agudo do miocárdio e cardiopatia hipertensiva sendo acrescentado tabagismo na certidão de óbito, irregularmente quando deveria constar na declaração ‘causa indeterminada’ ou ‘morte súbita’ tornando 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 o hábito do fumo ou ainda de observar medicação recomendada para hipertensão. Inexistência de anotação relativa a enfisema que tem maior incidência entre fumantes. Teoria da interrupção do nexo causal, adotada pela sistemática de nosso Código Civil. Art. 1.060. Omissão e equívocos da sentença. Prova produzida fora dos autos. Interpretação errônea e oposta a afirmação de trabalho médico invocado. Inocorrência de atividade ilícita da ré. Inexistência de propaganda enganosa. Licitude da atividade e controle da publicidade pelo estado. Inexistência de qualquer modalidade ou nível de culpa atribuível a 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 de

Os julgados de improcedência reproduziram-se de modo significativo na entrada do século XXI, sendo pertinente destacar alguns de seus argumentos para que sejam devidamente rebatidos por este estudo, que propõe a aplicação da *teoria do risco concorrente* para a problemática do cigarro.

Conforme já se demonstrou, há decisões que expressam a inexistência de nexos de causalidade entre o consumo do produto e os danos à saúde suportados, sendo esse o principal argumento acolhido pelos julgadores.²⁴

Existem acórdãos de improcedência da demanda que apontam para a ausência de ilicitude ao se comercializar o cigarro, havendo um exercício regular de direito por parte das empresas, o que não constitui ato ilícito, pelas dicções do art. 188, I, do CC/2002 e do art. 160, I, do CC/1916.²⁵ Podem ser colacionados ainda os tão mencionados julgamentos que atribuem culpa exclusiva à vítima, a excluir a responsabilidade do fornecedor.²⁶ Nesta última linha, há decisões de

sentença. Improcedência do pedido” (TJRJ, Acórdão n. 58/1998, Rio de Janeiro, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. João Spyrides, julgado em 23/03/1999).

²⁴ Concluindo pela ausência de nexos causal: TJSC, Acórdão n. 2005.034931-6, Criciúma, Câmara Especial Temporária de Direito Civil, Rel. Des. Domingos Paludo, *DJSC* 18/12/2009, p. 453; TJMG, Apelação Cível n. 1.0596.04.019579-1/0011, Santa Rita do Sapucaí, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. Unias Silva, julgado em 16/09/2008, *DJEMG* 07/10/2008; TJRJ, Acórdão n. 34198/2004, Rio de Janeiro, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Helena Bekhor, julgado em 22/03/2005; TJSP, Acórdão com revisão n. 268.911-4/8-00, Itápolis, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maury Ângelo Bottesini, julgado em 28/11/2005; TJRS, Acórdão n. 70005752415, Porto Alegre, 5ª Câmara Cível (Reg. Exceção), Rel. Des. Marta Borges Ortiz, julgado em 04/11/2004.

²⁵ Pela ausência de ilicitude na comercialização do cigarro e pela presença de um exercício regular de direito: TJDF, Recurso n. 2001.01.1.012900-6, Acórdão n. 313.218, 2ª Turma Cível, Rel. Des. Fábio Eduardo Marques, *DJDFTE* 14/07/2008, p. 87; TJSP, Acórdão n. 283.965-4/3-00, São Paulo, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Justino Magno Araújo, julgado em 15/12/2005.

²⁶ Tratando expressamente da culpa exclusiva, merece destaque, pelos argumentos *supostamente sedutores*: “TABAGISMO. PROPAGANDA ENGANOSA. RESPONSABILIDADE CIVIL DE FABRICANTE. NEXO DE CAUSALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. Responsabilidade civil. 2. Danos materiais e morais. 3. Tabagismo. Uso prolongado de cigarros. 4. Propaganda enganosa. [5. Antes da Constituição Federal de 1988](#), não havia norma legal sobre o fumo, tema encartado no art. 220 da nova Carta Política, remetendo a regulamentação para Lei ordinária, que deveria ter sido editada em doze meses, conforme [art. 65 do ADCT](#), mas que só veio a lume em 1996, sob o número 9294. 6. De longa data, há décadas, são conhecidos os efeitos negativos do hábito de fumar, socialmente aceito e incentivado. 7. A partir da vigência da nova Carta Magna os fabricantes passaram a divulgar alertas destacando os perigos à saúde, e a propaganda negativa se tornou mais intensa a partir das regras genéricas do Código de Defesa do Consumidor, intensificando-se após a Lei específica, sempre obedecido o ordenamento jurídico pelas empresas do ramo. 8. A industrialização,

rejeição do pedido reparatório que se fundam no *livre arbítrio de fumar* ou de parar de fumar.²⁷ Sem falar das ementas que julgam, no mérito, a improcedência por prescrição da pretensão do autor da demanda.²⁸

Por óbvio, também existem julgados de condenação das empresas de cigarros, sendo certo que decisões nesse sentido tiveram um crescimento neste século que se inicia em nosso país.

Entre as decisões de procedência, cumpre destacar a notória e primeva decisão do Tribunal Gaúcho, do ano de 2003, com ementa bastante elucidativa, inclusive a respeito de questões históricas relativas ao cigarro.²⁹ Como fortes e contundentes argumentos sociológicos e jurídicos, constam do corpo da decisão:

comercialização e propaganda do tabaco são atividades lícitas e regulamentadas. 9. *Fumar, e manter-se fumante, é escolha pessoal, correndo o interessado os riscos, posto que insistentemente alertado por frenética e permanente campanha contrária.* 10. *Culpa exclusiva do consumidor, pelos eventuais malefícios experimentados.* 11. De outro lado, ausência de comprovação efetiva do nexo causal, assim como de utilização exclusiva dos produtos da ré. 12. Sentença que merece prestígio. 13. Recurso improvido” (grifos do autor) (TJRJ, Acórdão n. 2005.001.40350, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Mario dos Santos Paulo, julgado em 07/02/2006). Na mesma linha: TJPR, Apelação Cível n. 0569832-6, Curitiba, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. José Augusto Gomes Aniceto, *DJPR* 25/09/2009, p. 369 e TJSC, Acórdão n. 2005.021210-5, Criciúma, 4ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. José Trindade dos Santos, *DJSC* 02/06/2008, p. 109.

²⁷ A respeito do livre-arbítrio de fumar, em uma perspectiva liberal: “RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MORTE POR DOENÇA SUPOSTAMENTE PROVOCADA PELO CONSUMO PROLONGADO DE CIGARROS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE DEVER JURÍDICO. PRETENSÃO DESCABIDA. Se o fabricante de cigarros não violou qualquer dever jurídico que, antes e depois da Constituição de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, lhe fosse exigível, descabido responsabilizá-lo por danos decorrentes do vício do tabagismo. ‘Em última instância, toda a problemática assenta-se nas seguintes verdades: As pessoas começam a fumar porque querem, estando cientes dos riscos associados ao consumo de cigarros; como se não bastasse, sabem que fumar implica diversos riscos para a saúde e ainda assim fumam’ (Arnaldo Rizzardo)” (TJSC, Acórdão n. 2005.029372-7, Criciúma, 2ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Newton Janke, *DJSC* 27/11/2008, p. 72). Na mesma linha, tratando do livre-arbítrio, ver: TJSP, Apelação com revisão 270.309.4/0, Acórdão n. 4012392, Cotia, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, julgado em 20/08/2009, *DJESP* 14/09/2009 e TJRS, Acórdão n. 7002248215, Porto Alegre, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann, julgado em 28/02/2008, *DOERS* 27/05/2008, p. 30.

²⁸ Analisando a questão da prescrição, notadamente a incidência do art. 27 do CDC, que prevê um prazo prescricional de cinco anos para os casos de acidentes de consumo, ver: STJ, REsp n. 1.036.230/SP, Processo n. 2008/0044917-3, 3ª Turma, Rel. Des. Convocado Vasco Della Giustina, julgado em 23/06/2009, *DJE* 12/08/2009 e TJPR, Apelação Cível n. 0394190-8, Maringá, 5ª Câmara Cível, Rel. Juiz Convocado Vitor Roberto Silva, *DJPR* 30/11/2007, p. 75.

²⁹ Vejamos a parte principal da ementa, que é bem longa: “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. TABAGISMO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO AJUIZADA PELA FAMÍLIA. RESULTADO DANOSO ATRIBUÍDO A EMPRESAS FUMAGEIRAS EM VIRTUDE DA COLOCAÇÃO NO MERCADO DE PRODUTO SABIDAMENTE NOCIVO, INSTIGANDO E PROPICIANDO SEU CONSUMO, POR MEIO DE PROPAGANDA ENGANOSA. ILEGITIMIDADE PASSIVA, NO CASO CONCRETO, DE UMA

“É fato notório, cientificamente demonstrado, inclusive reconhecido de forma oficial pelo próprio Governo Federal, que o fumo traz inúmeros malefícios à saúde, tanto à do fumante como à do não fumante, sendo, por tais razões, de ordem médico-científica, inegável que a nicotina vicia, por isso que gera dependência química e psíquica, e causa câncer de pulmão, enfisema pulmonar, infarto do coração entre outras doenças igualmente graves e fatais. A indústria de tabaco, em todo o mundo, desde a década de 1950, já conhecia os males que o consumo do fumo causa aos seres humanos, de modo que, nessas circunstâncias, a conduta das empresas em omitir a informação é evidentemente dolosa, como bem demonstram os arquivos secretos dessas empresas, revelados nos Estados Unidos em ação judicial movida por estados norte-americanos contra grandes empresas transnacionais de tabaco, arquivos esses que se contrapõem e desmentem o posicionamento público das empresas, revelando-o falso e doloso, pois divulgado apenas para enganar o público, e demonstrando a real orientação das empresas, adotada internamente, no sentido de que sempre tiveram pleno conhecimento e consciência de todos os males causados pelo fumo. E tal posicionamento público, falso e doloso, sempre foi historicamente sustentado por maciça propaganda enganosa, que reiteradamente associou o fumo a imagens de beleza, sucesso, liberdade, poder, riqueza e inteligência, omitindo, reiteradamente, ciência aos usuários dos malefícios do

uso, sem tomar qualquer atitude para minimizar tais malefícios e, pelo contrário, trabalhando no sentido da desinformação, aliciando, em particular os jovens, em estratégia dolosa para com o público, consumidor ou não.”³⁰

Tal importante acórdão concluiu pela presença do nexo de causalidade entre a atividade de se colocar o produto no mercado e os danos sofridos pela vítima e por seus familiares, “porquanto fato notório que a nicotina causa dependência química e psicológica e que o hábito de

DAS CORRÉS. CARACTERIZAÇÃO DO NEXO CAUSAL QUANTO À OUTRA CODEMANDADA. CULPA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DECORRENTE DE OMISSÃO E NEGLIGÊNCIA, CARACTERIZANDO-SE A OMISSÃO NA AÇÃO. APLICAÇÃO, TAMBÉM, DO CDC, CARACTERIZANDO-SE, AINDA, A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INDENIZAÇÃO DEVIDA” (TJRS, Acórdão n. 70000144626, Santa Cruz do Sul, 9ª Câmara Cível (Reg. Exceção), Rel. Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, julgado em 29/10/2003). A ilegitimidade reconhecida se refere a uma das marcas de cigarro (Souza Cruz), pois não foi comprovado o uso de seus produtos.

³⁰ TJRS, Acórdão n. 70000144626, Santa Cruz do Sul, 9ª Câmara Cível (Reg. Exceção), Rel. Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, julgado em 29/10/2003.

fumar provoca diversos danos à saúde, entre os quais o câncer e o enfisema pulmonar, males de que foi acometido o falecido, não comprovando, a ré, qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos autores (art. 333, II, do CPC)”. A decisão atribui culpa à empresa pela omissão e negligência na informação, nos termos do art. 159 do CC/1916 (responsabilidade subjetiva). Ato contínuo, deduz ser a sua conduta violadora dos deveres consubstanciados nas máximas latinas de *neminem laeder e suum cuique tribuere* – “não lesar a ninguém” e “dar a cada um o que é seu” –, bem como no princípio da boa-fé objetiva.³¹

O acórdão considera não relevante a tese de licitude da atividade de comercialização do cigarro perante as leis do Estado, sendo do mesmo modo impertinente para o mérito a dependência ou voluntariedade no uso ou consumo, com o intuito de afastar a responsabilidade. Em suma, a questão do livre-arbítrio foi descartada pela decisão.³²

³¹ Vejamos trecho importante da ementa, que faz menção à questão da publicidade: “A conduta anterior criadora do risco enseja o dever, decorrente dos princípios gerais de direito, de evitar o dano, o qual, se não evitado, caracteriza a culpa por omissão. Como acentua a doutrina, esse dever pode nascer de uma conduta anterior e dos princípios gerais de direito, não sendo necessário que esteja concretamente previsto em Lei, bastando apenas que contrarie o seu espírito. Não obstante ser lícita a atividade da indústria fumageira, a par de altamente lucrativa, esta mesma indústria, desde o princípio, sempre teve ciência e consciência de que o cigarro vicia e causa câncer, estando cientificamente comprovado que o fumo causa dependência química e psíquica, câncer, enfisema pulmonar, além de outros males, de forma que a omissão da indústria beira as fronteiras do dolo. A ocultação dos fatos, mascarada por publicidade enganosa, massificante, cooptante e aliciante, além da dependência química e psíquica, não permitia e não permite ao indivíduo a faculdade da livre opção, pois sempre houve publicidade apelativa, sobretudo em relação aos jovens, sendo necessário um verdadeiro clamor público mundial para frear a ganância da indústria e obrigar o Poder Público à adoção de medidas de prevenção a partir de determinações emanadas de órgãos governamentais. Ainda que se considere que a propaganda e a dependência não anulem a vontade, o fato é que a voluntariedade no uso e a licitude da atividade da indústria não afastam o dever de indenizar” (TJRS, Acórdão n. 70000144626, Santa Cruz do Sul, 9ª Câmara Cível (Reg. Exceção), Rel. Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, julgado em 29/10/2003).

³² Vejamos esse trecho, que serve para afastar muitos dos argumentos esposados pela doutrina que sustenta a inexistência de vício no produto: “E assim é porque simplesmente o ordenamento jurídico não convive com a iniquidade e não permite que alguém cause doença ou mate seu semelhante sem que por isso tenha responsabilidade. A licitude da atividade e o uso ou consumo voluntário não podem levar à impunidade do fabricante ou comerciante de produto que causa malefícios às pessoas, inclusive a morte. Sempre que um produto ou bem, seja alimentício, seja medicamento, seja agrotóxico, seja à base de álcool, seja transgênico, seja o próprio cigarro, acarrete mal às pessoas, quem o fabricou ou colocou no mercado responde pelos prejuízos decorrentes. Ante as consequências desastrosas do produto, como é o caso dos autos, que levam, mais tragicamente, à morte, não pode o fabricante esquivar-se de arcar com as indenizações correspondentes. Mesmo que seja lícita a atividade, não pode aquele que a exerce, cometendo abuso de seu direito, por omissão, ocultar as consequências do uso do produto e safar-se da responsabilidade de indenizar, especialmente se, entre essas consequências, estão a causação de dependência e de câncer, que levaram a vítima à morte. E também não pode esquivar-se da

Por fim, no que tange aos argumentos jurídicos de procedência da demanda, foi aplicada a responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor, sendo o cigarro considerado um produto defeituoso, não só em relação aos fumantes (consumidores-padrões) como no tocante aos não fumantes ou fumantes passivos (consumidores equiparados), “uma vez que não oferece a segurança que dele se pode esperar, considerando-se a apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam (art. 12, § 1º, do CDC)”. A culpa exclusiva do consumidor foi tida como não caracterizada, uma vez que “o ato voluntário do uso ou consumo não induz culpa e, na verdade, no caso, sequer há opção livre de fumar ou não fumar, em decorrência da dependência química e psíquica e diante da propaganda massiva e aliciante, que sempre ocultou os malefícios do cigarro, o que afasta em definitivo qualquer alegação de culpa concorrente ou exclusiva da vítima”.³³

Os valores indenizatórios fixados foram bem elevados. A título de danos materiais, foram reparados a venda de imóvel e de bovinos (para tratar a vítima), as despesas médicas e hospitalares comprovadas, a hospedagem de acompanhantes durante a internação, os gastos com o funeral e o luto da família (danos emergentes). Ainda foram ressarcidos os prejuízos decorrentes do fechamento do minimercado da vítima, desde a época da constatação da doença até a data em que o falecido completaria setenta anos de idade, conforme a expectativa de vida dos gaúchos (lucros cessantes). Como reparação pelos danos morais, foi fixada a quantia de seiscentos salários-mínimos para a esposa, de quinhentos salários-mínimos para cada um dos quatro filhos e de trezentos salários-mínimos

responsabilidade porque sempre promoveu propaganda ligando o uso do produto a situações de sucesso, riqueza, bem-estar, vida saudável, entre outras, situações exatamente contrárias àquelas que decorrem e que são consequências do uso de um produto como o cigarro” (TJRS, Acórdão n. 70000144626, Santa Cruz do Sul, 9ª Câmara Cível (Reg. Exceção), Rel. Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, julgado em 29/10/2003).

³³ TJRS, Acórdão n. 70000144626, Santa Cruz do Sul, 9ª Câmara Cível (Reg. Exceção), Rel. Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, julgado em 29/10/2003.

para cada um dos genros, totalizando os danos imateriais três mil e duzentos salários-mínimos.

Além dessa até então inédita e excelente decisão, igualmente concluindo pela procedência de ação proposta por uso de cigarros, há acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que do mesmo modo enfrentou o problema sob a perspectiva da responsabilidade objetiva do Código do Consumidor.³⁴ A ação foi proposta pela própria fumante – que pleiteou danos materiais e morais pela perda de membros inferiores como consequência do tabagismo – e julgada procedente em primeira instância, condenando-se a empresa Souza Cruz S/A a indenizá-la em R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais).

Em sua relatoria, o Desembargador José Garcia concluiu pela incidência da responsabilidade sem culpa da Lei n. 8.078/1990, aduzindo que “as indústrias de produtos derivados do tabaco, apesar de atuarem dentro da lei vigente, não se eximem da responsabilidade objetiva, dada a teoria do risco, pelos efeitos nocivos causados aos indivíduos pelo uso ou consumo de seus produtos colocados à venda no mercado legitimamente, máxime à luz do Código de Defesa do Consumidor, cujas normas de ordem pública atingem fatos ainda não consolidados antes de sua vigência”. Em reforço, o julgador menciona, assim como consta do inédito julgado do Tribunal Gaúcho, a existência de estudos secretos das próprias empresas de cigarro comprovando os males do produto. O relator analisou ainda as questões relativas à exploração publicitária do passado, bem como os baixos índices de fumantes que conseguem se livrar do vício

³⁴ Ementa do julgado: “RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. TABAGISMO. AMPUTAÇÃO DOS MEMBROS INFERIORES. VÍTIMA ACOMETIDA DE TROMBOANGEÍTE AGUDA OBLITERANTE. NEXO CAUSAL CONFIGURADO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Responsabilidade objetiva decorrente da teoria do risco assumida com a fabricação e comercialização do produto. Omissão dos resultados das pesquisas sobre o efeito viciante da nicotina. Dever de indenizar. Recurso improvido” (TJSP, Apelação com revisão n. 379.261.4/5, Acórdão n. 3320623, São Paulo, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Joaquim Garcia, julgado em 08/10/2008, *DJESP* 13/11/2008).

– cerca de 5% dos usuários, segundo os estudos médicos que constam do acórdão. De forma interdisciplinar, o voto do relator enfrentou questões psicológicas e sociais, aduzindo que, “com o uso regular de cigarros, estabelece-se um condicionamento que faz com que a pessoa passe a ter o fumo integrado à sua rotina. Além disso, o cigarro é também utilizado como um tipo de modulador de emoções, o que faz com que seu uso se amplie significativamente e não esteja associado apenas à necessidade fisiológica de reposição periódica da droga”.

Analisando a questão fática, o Desembargador Joaquim Garcia reconhece a existência de vários julgados de improcedência no País, por ausência de nexo de causalidade entre o ato de fumar e os males existentes. Porém, de outra forma, concluiu o magistrado que a autora padecia de tromboangeíte obliterante (doença de Buerger), “cuja literatura médica a respeito é praticamente unânime ao afirmar que a doença manifesta-se somente em fumantes, ou seja, o tabagismo é condição *sine qua non* para o desenvolvimento da moléstia contraída”. Comprovado o nexo de causalidade, e sendo reconhecida a possibilidade de se responder também por atos lícitos, os danos materiais comprovados foram indenizados. A respeito do sempre invocado livre-arbítrio, entendeu o relator que “não se revela hábil para afastar o dever de indenizar dessas companhias, pelas mesmas razões que não se presta a justificar a discriminação das drogas”. Relativamente à questão da prova do uso de determinada marca de cigarro, fez incidir na inversão do ônus da prova, de forma correta e esperada.³⁵ Por fim, o magistrado entendeu pela presença de danos morais presumidos (*in re ipsa*), diante da amputação dos

³⁵ Conforme o voto do relator Desembargador Joaquim Garcia: “Inviável a autora fazer prova de que fumou somente cigarros da marca Hollywood desde o início. Trata-se de um argumento *ad terrorem*. Todavia, nada impede a ré de provar que o cigarro daquela referida marca não produz o efeito narrado pela consumidora, não contém ingredientes nocivos e tampouco cause a moléstia por ela sofrida”.

membros inferiores da autora. Em suma, votou pela confirmação da sentença ora atacada, negando provimento ao recurso de apelação.

Pelo mesmo caminho de não provimento do recurso votou o Desembargador Caetano Lagrasta, cuja decisão merece destaque especial. No início do seu voto, o magistrado já salienta que “Julgar-se questão de tamanha envergadura para a Saúde Pública e Defesa da Cidadania e do Consumidor, implica que se adentre a fatores sociais, e até, a vivência do próprio julgador, iniciado na senda do consumo de cigarros, desde os 14 anos, e dele afastado, há aproximadamente onze anos”. Nas páginas seguintes do voto são expostos com detalhes os aprofundamentos esperados, bem como um histórico a respeito da publicidade, comercialização e uso cultural do cigarro, desde o final dos anos 1920 do século XXI.³⁶ Ao adentrar nos fatos em espécie, o magistrado aponta para o fato de que a doença que atingiu a autora da ação – tromboangeíte obliterante – é um mal exclusivo dos fumantes, a atestar a existência de nexos causal com os produtos colocados no mercado. Ato

³⁶ Consta do voto do Desembargador Caetano Lagrasta: “A partir do final dos anos 20, dificilmente seria possível ingressar num cinema ou teatro onde público, personagens e atores não se apresentassem fumando, numa atitude de ‘glamour’ e de conduta social adequada. Mesmo as fotografias de propaganda mostravam os astros e estrelas fazendo uso de cigarros, como condição de sucesso, segurança e integração social. Este comportamento restou generalizado, independente do país de origem dos espetáculos. Por outro lado, os jovens contavam com o cigarro como elemento de ingresso no mundo adulto e fator de segurança para frequentar os ambientes sociais e mundanos. [...] Desde logo, há que se concluir que o prolongamento desta propaganda não se interrompe em 1950, ao contrário, prossegue nas programações, na projeção de filmes de época, reiteradamente repetidos pelas empresas de televisão ‘abertas’ e ‘por assinatura’. E, somente após longa batalha é que vem sendo possível impedir a propaganda escancarada ou subliminar (*outdoors*, carros de corrida, revistas, jornais, fotonovelas, telenovelas etc.). Estas, além de outras circunstâncias, infernizaram a vida dos adolescentes, pois deviam apresentar-se nos bailes e festas portando cigarros, se possível de qualidade (na época o ‘Columbia’, muito mais caros do que os do tipo ‘Mistura Fina’ ou ‘Petit Londrinos’, que eram consumidos por operários, encanadores, eletricitas, pedreiros etc.), ainda que não os fumassem, mas que se prestavam a causar impacto às mocinhas”. E segue feliz análise, do ponto de vista social e psicológico, do livre-arbítrio, à qual se filia, na íntegra: “Assim, o prolatado **arbítrio** do jovem ou, mesmo, da criança, ou o do doente-dependente, por facilmente cooptáveis, não resistiria, como não resistiu, ao assédio massacrante da propaganda, ainda que lhes atribua, em elevado grau, comportamento consciente, para que se sentissem partícipes de uma espécie de vida em sociedade, desde logo empunhando o cigarro como manifestação de ‘status’ ou de segurança, ‘auxílio’ no enfrentamento dos desafios dessa mesma sociedade, a partir da saída para o recreio, ao cinema ou às festas da vida escolar, e no ínvio caminho, em direção à morte”.

contínuo, de forma corajosa, o julgador conclui que o Estado tem papel de participação para os danos sociais decorrentes do tabagismo, por não elevar os preços dos produtos e não tomar medidas para impedir o contrabando e a falsificação dos cigarros. Ademais, o voto expõe a existência de estudos médicos mais recentes, os quais atestam que grupos internacionais de cientistas identificaram um conjunto de variações genéticas que aumentam o risco de câncer no pulmão dos fumantes. A questão da publicidade enganosa não passou despercebida, diante de práticas sucessivas através dos anos de omissão de informações a respeito dos males do cigarro.³⁷ Sem prejuízo dessas teses, o que mais se destaca no voto do Desembargador Caetano Lagrasta são as premissas para afastar a alegação de que a atividade de comercialização do cigarro é plenamente lícita, *in verbis*: “Também é sofisticado o argumento de que a empresa requerida planta, industrializa e comercializa objeto lícito. O problema não está no plantio, antes nos ingredientes agregados ao fumo na fase de industrialização e que vêm sendo regularmente combatidos mundialmente, em nome da Saúde Pública. E, este seria o limite para o exercício regular de um direito (fl. 1217), ante as circunstâncias que enfatizam os riscos da atividade, salvo se a indústria do fumo se mostre infensa a estes, quando da fabricação, e não aos da eclosão das doenças, quando denunciadas”. Por fim, a respeito desse instigante voto, chama a atenção a força das palavras que afastam o argumento do *livre-arbítrio*, chegando o juiz a insinuar a existência de um “dogma de alguma estranha e impossível religião do vício”.³⁸

³⁷ Voto do Desembargador Lagrasta: “Assim, aos argumentos do Senhor Revisor, acrescentam-se estes, posto que os malefícios do fumo, demonstram que à propaganda não basta seja razoável, há que ser absolutamente clara, eis que autorizada pela Constituição, desde que não seja nefasta ou enganosa, promovida em detrimento do consumidor e de sua saúde, além do que omitem as empresas, de forma dolosa, o teor das pesquisas médicas que o protegeriam, confirmando os malefícios do cigarro, atitude que, sem dúvidas, se constitui emnexo de causalidade entre a doença e sua utilização desde a juventude, como no caso da autora, e que, portanto, merece ser punida”.

³⁸ Consigne-se outro trecho do voto do Desembargador Lagrasta, com tal enfrentamento do livre-arbítrio: “Sofisticadas ainda as douradas razões de apelo quando pretendem que, por ser de conhecimento público o uso nefasto do cigarro, não seria possível atingir-se o nexo de causalidade, por ser atividade do arbítrio da vítima. Esquece-se, contudo, que plantar fumo, repita-se, pode não ser nefasto, nefasta é

Encerrando o estudo desse importante acórdão do Tribunal Paulista, deve ser comentado o voto vencido do Desembargador Sílvio Marques Neto, que deu provimento ao recurso, julgando improcedente a ação. O voto está amparado nas conhecidas premissas outrora mencionadas, sobretudo em duas: *a)* ausência denexo de causalidade entre o fumo e os males da autora, por insuficiência de prova;³⁹ e *b)* a autora não desconhecia os males do cigarro – foi devidamente informada pela cartela do produto – e fumou porque assim o quis (livre-arbítrio). O magistrado demonstra que o entendimento jurisprudencial consolidado até aquele momento seria no sentido de improcedência das demandas fundadas no tabagismo.

Do Tribunal do Rio Grande do Sul, há outro acórdão mais recente, que enfrentou muito bem a questão do livre-arbítrio na sociedade globalizada e informacional, como se espera. Além de subsumir a responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor, a decisão expõe em sua ementa existirem “provas concludentes de que a autora adquiriu o hábito de fumar a partir de poderoso condutor do comportamento humano consistente em milionária e iterativa propaganda da ré que, ocultando do público os componentes maléficose à saúde humana existentes no cigarro, por décadas, associava o sucesso pessoal ao tabagismo”. Desse modo, ficou prejudicado o argumento da empresa de cigarro, “consistente na ínsita periculosidade do produto-cigarro e do livre-

a sua manipulação, no momento da industrialização, ao agregar substâncias químicas, ao mesmo tempo em que a propaganda maciça impede que sejam realmente conhecidas em seus efeitos colaterais, também como causadoras de moléstias e dependência, impedindo manifestação segura da livre escolha. Guardadas as devidas proporções, a mesma situação ocorre com os remédios, ministrados apesar das contraindicações. Isto porque à divulgação de doenças se opõe a contradivulgação maciça, omitidos aqueles resultados através de inúmeras considerações que se prestam a demonstrar que o consumidor está plenamente consciente dos malefícios, ainda que se veja obrigado ao consumo ou a obedecer prescrição”.

³⁹ Conforme o Desembargador Sílvio Marques Neto, do Tribunal Paulista: “Não consta dos autos que as partes extirpadas tenham sido submetidas a uma biópsia, ou preservadas para este fim”.

arbítrio no ato de fumar que, no caso concreto, se esboroa ante o comprovado poder viciante da nicotina, a ausência de informações precisas quanto aos componentes da fórmula do cigarro e de qual a quantidade supostamente segura para o seu consumo, bem ainda ante a enorme subjetividade que caracteriza a tese, particularmente incompatível com as normas consumeristas que regem a espécie”.⁴⁰ Os danos morais e estéticos da autora foram indenizados no importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Por fim, na linha do que se propõe pelo presente estudo, a questão do risco-proveito já foi adotada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em exemplar decisão do ano de 2009. O julgado concluiu que a empresa que fabrica e comercializa os produtos fumígenos assume riscos que lhe dão lucros, devendo responder pela colocação dos consumidores em situação de perigo de vida.⁴¹

⁴⁰ TJRS, Acórdão n. 70015107600, Passo Fundo, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, julgado em 27/08/2008, *DOERS* 26/01/2009, p. 41.

⁴¹ “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. USO CONTÍNUO DE CIGARROS. MORTE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE DA FABRICANTE DE CIGARROS. TEORIA DO RISCO PROVEITO. DANOS MORAIS. FIXAÇÃO. PRUDENTE ARBÍTRIO DO JULGADOR. RECURSO PROVIDO. Extrai-se da petição inicial que a presente ação de indenização é fundada em responsabilidade civil de direito comum, [art. 159 do Código Civil de 1916](#), não em defeito ou erro do produto no instante de sua fabricação, pelo que, não incide ao caso a regra do [art. 27 do CDC](#). Os fabricantes de cigarro de todo o planeta sempre tiveram conhecimento de que o cigarro vicia e causa inúmeras doenças. Assim, diante do conhecimento e da consciência dos malefícios causados pelo cigarro à saúde dos fumantes, não há dúvida de que a apelada, agindo dessa forma, cria conscientemente, o risco do resultado, assumindo, portanto, a obrigação de ressarcir. Não há dúvida de que a apelada sempre foi criadora do perigo e do risco causado pelo uso do fumo. A despeito de a recorrida saber e ter consciência dos malefícios e da dependência que o uso do cigarro causa, sempre se omitiu quanto às informações ou ações no sentido de minimizar tais malefícios e prejuízos advindos para o fumante. A ‘teoria do risco-proveito’ considera civilmente responsável todo aquele que auferir lucro ou vantagem do exercício de determinada atividade, segundo a máxima ‘*ubi emolumentum, ibi onus*’ (onde está o ganho, aí reside o encargo). ‘Na fixação do valor do dano moral prevalecerá o prudente arbítrio do julgador, levando-se em conta as circunstâncias do caso, evitando que a condenação se traduza em indevida captação de vantagem, sob pena de se perder o parâmetro para situações de maior relevância e gravidade’ (TJMG, Apelação n. 365.245-3, Alpinópolis, 1ª Câmara Cível/TAMG, Rel. Juiz Gouvêa Rios, 1º/10/2002). Apelo provido. Voto Vencido. Sendo manifestamente lícita a atividade desempenhada pela ré, consistente na produção e comercialização de cigarros, eventual responsabilização somente pode decorrer da constatação de desatendimento às regras que lhe são impostas. Não se caracteriza a responsabilidade civil da ré, se não provado o nexo entre a doença e o tabagismo, apesar da obviedade de que o cigarro causa várias doenças” (TJMG, Apelação Cível n. 1.0024.05.799917-9/0011, Belo Horizonte, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Medeiros, julgado em 03/09/2009, *DJEMG* 22/09/2009).

De toda sorte, apesar desses julgados de procedência, insta destacar que prevalecem na jurisprudência nacional as decisões afastando a condenação das empresas de tabaco diante dos fumantes. No ano de 2010, surgiram definitivas decisões nesse sentido no Superior Tribunal de Justiça, as quais declinam o dever de reparar das empresas por vários e já conhecidos argumentos. Os resumos dos julgamentos encontram-se publicados nos *Informativos n. 432 e n. 436* daquele Tribunal.⁴²

⁴² De início, colaciona-se decisão publicada no *Informativo n. 432* do STJ: “RESPONSABILIDADE CIVIL. CIGARRO. O falecido, tabagista desde a adolescência (meados de 1950), foi diagnosticado como portador de doença broncopulmonar obstrutiva crônica e de enfisema pulmonar em 1998. Após anos de tratamento, faleceu em decorrência de adenocarcinoma pulmonar no ano de 2001. Então, seus familiares (a esposa, filhos e netos) ajuizaram ação de reparação dos danos morais contra o fabricante de cigarros, com lastro na suposta informação inadequada prestada por ele durante décadas, que omitia os males possivelmente decorrentes do fumo, e no incentivo a seu consumo mediante a prática de propaganda tida por enganosa, além de enxergar a existência de nexo de causalidade entre a morte decorrente do câncer e os vícios do produto, que alegam ser de conhecimento do fabricante desde muitas décadas. Nesse contexto, há que se esclarecer que a pretensão de ressarcimento dos autores da ação em razão dos danos morais, diferentemente da pretensão do próprio fumante, surgiu com a morte dele, momento a partir do qual eles tinham ação exercitável a ajuizar (*actio nata*) com o objetivo de compensar o dano que lhes é próprio, daí não se poder falar em prescrição, porque foi respeitado o prazo prescricional de cinco anos do art. 27 do CDC. Note-se que o cigarro classifica-se como produto de periculosidade inerente (art. 9º do CDC) de ser, tal como o álcool, fator de risco de diversas enfermidades. Não se revela como produto defeituoso (art. 12, § 1º, do mesmo código) ou de alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança, esse último de comercialização proibida (art. 10 do mesmo diploma). O art. 220, § 4º, da CF/1988 chancela a comercialização do cigarro, apenas lhe restringe a propaganda, ciente o legislador constituinte dos riscos de seu consumo. Já o CDC considera defeito a falha que se desvia da normalidade, capaz de gerar frustração no consumidor, que passa a não experimentar a segurança que se espera do produto ou serviço. Destarte, diz respeito a algo que escapa do razoável, que discrepa do padrão do produto ou de congêneres, e não à capacidade inerente a todas as unidades produzidas de o produto gerar danos, tal como no caso do cigarro. Frise-se que, antes da CF/1988 (gênese das limitações impostas ao tabaco) e das legislações restritivas do consumo e publicidade que a seguiram (notadamente, o CDC e a Lei n. 9.294/1996), não existia o dever jurídico de informação que determinasse à indústria do fumo conduta diversa daquela que, por décadas, praticou. Não há como aceitar a tese da existência de anterior dever de informação, mesmo a partir de um ângulo principiológico, visto que a boa-fé (inerente à criação desse dever acessório) não possui conteúdo *per se*, mas, necessariamente, insere-se em um conteúdo contextual, afeito à carga histórico-social. Ao se considerarem os fatores legais, históricos e culturais vigentes nas décadas de cinquenta a oitenta do século anterior, não há como cogitar o princípio da boa-fé de forma fluida, sem conteúdo substancial e contrário aos usos e costumes por séculos preexistentes, para concluir que era exigível, àquela época, o dever jurídico de informação. De fato, não havia norma advinda de lei, princípio geral de direito ou costume que impusesse tal comportamento. Esses fundamentos, por si sós, seriam suficientes para negar a indenização pleiteada, mas se soma a eles o fato de que, ao considerar a teoria do dano direto e imediato acolhida no direito civil brasileiro (art. 403 do CC/2002 e art. 1.060 do CC/1916), constata-se que ainda não está comprovada pela Medicina a causalidade necessária, direta e exclusiva entre o tabaco e câncer, pois ela se limita a afirmar a existência de fator de risco entre eles, tal como outros fatores, como a alimentação, o álcool e o modo de vida sedentário ou estressante. Se fosse possível, na hipótese, determinar o quanto foi relevante o cigarro para o falecimento (a proporção causal existente entre eles), poder-se-ia cogitar o nexo causal juridicamente satisfatório. Apesar de reconhecidamente robustas, somente as estatísticas não podem dar lastro à responsabilidade civil em casos concretos de morte supostamente associada ao tabagismo, sem que se investigue, episodicamente, o preenchimento dos requisitos legais. Precedentes citados do STF: RE

Todavia, um dos objetivos fulcrais deste estudo é o de demonstrar que há equívoco nessas decisões de simples improcedência das demandas. Passa-se, então, à tarefa de afastamento de tais argumentos, fazendo-se o devido contraponto doutrinário.⁴³

De início, a respeito da ausência do nexo de causalidade, na maioria das vezes estará presente o elo entre os danos provados pelos consumidores de cigarro e o uso do produto.⁴⁴ Conforme outrora exposto,

130.764-PR, *DJ* 19/5/1995; do STJ: REsp 489.895-SP, *DJe* 23/4/2010; REsp 967.623-RJ, *DJe* 29/6/2009; REsp 1.112.796-PR, *DJ* 5/12/2007, e REsp 719.738-RS, *DJe* 22/9/2008” (STJ, REsp n. 1.113.804/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27/4/2010). Do *Informativo n. 436*: “DANO MORAL. FUMANTE. Mostra-se incontroverso, nos autos, que o recorrido, autor da ação de indenização ajuizada contra a fabricante de cigarros, começou a fumar no mesmo ano em que as advertências sobre os malefícios provocados pelo fumo passaram a ser estampadas, de forma explícita, nos maços de cigarro (1988). Isso, por si só, é suficiente para afastar suas alegações acerca do desconhecimento dos males atribuídos ao fumo; pois, mesmo diante dessas advertências, optou, ao valer-se de seu livre-arbítrio, por adquirir, espontaneamente, o hábito de fumar. Outrossim, nos autos, há laudo pericial conclusivo de que não se pode, no caso, comprovar a relação entre o tabagismo desenvolvido pelo recorrido e o surgimento de sua enfermidade (tromboangeíte obliterante – TAO ou doença de Buerger). Assim, não há falar em direito à indenização por danos morais, pois ausente o nexo de causalidade da obrigação de indenizar. Precedentes citados: REsp 325.622-RJ, *DJe* 10/11/2008; REsp 719.738-RS, *DJe* 22/9/2008; e REsp 737.797-RJ, *DJ* 28/08/2006” (STJ, [REsp n. 886.347/RS](#), Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro – Desembargador convocado do TJ-AP –, julgado em 25/05/2010).

⁴³ Destaque-se a obra doutrinária coletiva intitulada *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais (Rio de Janeiro: Renovar, 2009). O livro é coordenado pela professora titular da Universidade de São Paulo Teresa Ancona Lopez, contando com artigos e pareceres de Ada Pelegrini Grinover, Adroaldo Furtado Fabrício, Álvaro Villaça Azevedo, Arruda Alvim, Cândido Rangel Dinamarco, Eduardo Ribeiro, Fábio Ulhoa Coelho, Galeno Lacerda, Gustavo Tepedino, José Carlos Moreira Alves, José Ignácio Botelho de Mesquita, Judith Martins-Costa, Maria Celina Bodin de Moraes, Nelson Nery Jr., René Ariel Dotti, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, além da própria coordenadora. Seja por um caminho ou outro, os trabalhos procuram afastar a responsabilidade da empresa tabagista, enfrentando questões como nexo de causalidade, a culpa exclusiva da vítima, a inexistência de defeito no produto fumífero, o atendimento da boa-fé pela publicidade do cigarro, a incidência da prescrição, a questão da prova a ser construída na ação pelo fumante, entre outros.

⁴⁴ Em sentido contrário, na doutrina, entendendo pela ausência de nexo causal na questão relativa aos danos decorrentes do uso do cigarro, ver: TEPEDINO, Gustavo. A causalidade nas ações de responsabilidade atribuídas ao hábito de fumar. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. III, p. 365-398. Na obra coletiva antes mencionada, o argumento da ausência de nexo de causalidade é utilizado por José Carlos Moreira Alves (MOREIRA ALVES, José Carlos. A causalidade nas ações indenizatórias por danos atribuídos ao consumo de cigarros. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 239-257), Galeno Lacerda (LACERDA, Galeno. Liberdade-responsabilidade: assunção de risco e culpa exclusiva do fumante como excludente de responsabilidade do fabricante de cigarros. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 190-191) e Nelson Nery Jr. (Ações de indenização fundadas no uso de tabaco. Responsabilidade civil pelo fato do produto: julgamento antecipado da lide. Ônus da prova e cerceamento de defesa. Responsabilidade civil e seus critérios de imputação. Autonomia privada e dever de informar. Autonomia privada e risco social. Situações de agravamento voluntário do risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre*

existem doenças exclusivas decorrentes do tabagismo, por exemplo, a doença de Buerger, e, nesses casos, o nexos causal é bem evidente e inconstestável.⁴⁵ Cumpre lembrar que quadros comparativos, como o exposto por Sérgio Boeira, têm plenas condições de demonstrar que as doenças cancerígenas são causadas pelo uso do cigarro. Além disso, provas médicas e testemunhais têm o condão de comprovar qual era a marca utilizada pela vítima. A título de exemplo, cite-se que, muitas vezes, consta das certidões de óbito elaboradas por médicos que a causa da morte foi o uso continuado do cigarro. Por fim, a estatística de mercado pode determinar com grau razoável de probabilidade qual era a marca utilizada pelo falecido ou doente.

A respeito do nexos causal, insta deixar bem claro que a responsabilidade civil das empresas de tabaco é objetiva, diante da comum aplicação do Código de Defesa do Consumidor. De maneira subsidiária, em diálogo das fontes, pode ainda ser utilizado o art. 931 do Código Civil, que trata da responsabilidade objetiva referente aos produtos colocados em circulação.⁴⁶ Desse modo, não restam dúvidas de que o cigarro é um produto defeituoso, eis que não oferece segurança aos seus consumidores, levando-se em conta os perigosos à saúde e os danos que são

livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 396). Gustavo Tepedino igualmente salienta em tal obra coletiva a questão do nexos causal, apesar de utilizar outros argumentos, como se verá (Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra os fabricantes de cigarros. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 223).

⁴⁵ Insta deixar claro que nenhum dos pareceres e estudos constantes da obra coletiva que se analisa enfrentou a questão da doença de Buerger, sendo os artigos e pareceres direcionados somente para os mais diversos tipos de câncer. Nota-se, contudo, que a decisão de improcedência publicada no *Informativo n. 436* do STJ menciona tal doença.

⁴⁶ Mais uma vez, fazendo o devido contraponto com a doutrina, Gustavo Tepedino entende que o art. 931 do Código Civil não pode incidir no problema do cigarro, eis que “tal preceito consagra a proteção contra os danos sofridos na relação interna da cadeia de fornecimento” (TEPEDINO, Gustavo. Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra os fabricantes de cigarros, cit., p. 237). De fato, a principal aplicação do comando pode ser esta. Todavia, pela tese do *diálogo das fontes*, a norma tem um caráter subsidiário de subsunção, assim como ocorre com o art. 927, parágrafo único, segunda parte, do Código Civil de 2002.

potencialmente causados aos fumantes (art. 12, § 1º, da Lei n. 8.078/1990). Em reforço, podem ainda ser subsumidos os dispositivos consumeristas que tratam da proteção da saúde e da segurança dos consumidores (arts. 8º a 10 da Lei n. 8.078/1990). Pela simples leitura atenta dos dispositivos aventados e pelo senso comum, nota-se que são totalmente inconsistentes os argumentos de inexistência de defeito no cigarro, como parte da doutrina considera.⁴⁷ Talvez a questão até seja cultural, chocando-se, nesse sentido, o modo de agir e o pensamento de gerações distintas.

Nesse contexto de contraponto, *não se pode negar que o produto perigoso é defeituoso quando causa danos ao consumidor*. Essa é a essência contemporânea do conceito de defeito: o dano causado ao consumidor. Pensar ao contrário, ou seja, verificar o problema a partir da conduta, representa uma volta ao modelo subjetivo ou culposo no sistema consumerista. Em reforço, é imperioso lembrar que, nos casos de responsabilidade objetiva, o nexo causal pode ser formado pela lei, que qualifica a conduta que causou o dano (imputação objetiva).

Ademais, pode-se dizer que está presente no caso do cigarro um *defeito de criação*, o qual afeta “as características gerais da produção em consequência de erro havido no momento da elaboração de

⁴⁷ Considerando inexistente o defeito no cigarro, com o principal argumento de que o produto perigoso não é defeituoso, naquela obra coletiva (LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais, cit.): FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Iniciativa judicial e prova documental procedente da internet. Fatos notórios e máximas da experiência no direito probatório: a determinação processual do nexo causal e os limites do poder de instrução do juiz, p. 30-32; AZEVEDO, Álvaro Villaça. A dependência ao tabaco e a sua influência na capacidade jurídica do indivíduo. A caracterização de defeito no produto sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, p. 81; LACERDA, Galeno. Liberdade-
-responsabilidade: assunção de risco e culpa exclusiva do fumante como excludente de responsabilidade do fabricante de cigarros, p. 192-193; NERY JR., Nelson. Ações de indenização fundadas no uso de tabaco, p. 403-404; AGUIAR JR., Ruy Rosado. Os pressupostos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e as ações de indenização por danos associados ao consumo de cigarros, p. 471-473; LOPEZ, Teresa Ancona. Das consequências jurídicas da dependência ao tabaco: conceito jurídico e aptidão para constituir dano indenizável, p. 504.

seu projeto ou de sua fórmula”.⁴⁸ Em casos tais, “o fabricante responde pela concepção ou idealização de seu produto que não tenha a virtude de evitar os riscos à saúde e segurança, não aceitáveis pelos consumidores, dentro de determinados ‘standards’”.⁴⁹ Isso parece claro e evidente a este autor, em especial pela perda de pessoas próximas pelo uso do cigarro e pela farta bibliografia médica que condena essa prática. Há gerações que não conseguiram vencer a luta pela vida contra o cigarro. Outras até hoje lutam contra os seus males, com algumas vitórias, dada a evolução da medicina. E para aqueles que pensam o contrário, seria interessante interrogarem-se se seria aceitável o incentivo do uso do tabaco aos próprios filhos. Pode-se falar em defeitos ocultos, pelo problema quanto ao acesso à informação dos males do cigarro, principalmente se forem levados em conta aqueles que se iniciaram no fumo antes do início da veiculação de informações sobre os males do produto.⁵⁰

Para que o argumento da ausência de nexo de causalidade fique devidamente afastado, cite-se, ainda, a correta aplicação da teoria da presunção de nexo de causalidade, utilizada em alguns julgados, que tem relação direta com a *pressuposição de responsabilidade pela colocação das pessoas em risco pelo produto (mise en danger)*.⁵¹ Voltando mais uma vez ao argumento do defeito, de fato, se o uso do cigarro não causar males à pessoa pelo seu uso continuado, o que até acontece, não há que se falar em defeito. Por outra via, presente o prejuízo, o produto perigoso é elevado à condição de produto defeituoso, surgindo, então, a responsabilidade civil.

⁴⁸ ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 1995. p. 103.

⁴⁹ ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. *Código do Consumidor comentado*, cit., p. 103.

⁵⁰ MORAES, Carlos Alexandre. *Responsabilidade civil das empresas tabagistas*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 165.

⁵¹ Sobre essa presunção do nexo causal na questão do cigarro, com a citação de outras decisões jurisprudenciais: MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*, cit., p. 248-257.

Sobre a questão do exercício regular de direito e da licitude da atividade desenvolvida, cumpre destacar que o Direito Civil Brasileiro admite a responsabilidade civil por atos lícitos.⁵² De início, cite-se a hipótese de legítima defesa putativa, em que o agente pensa que está tutelando imediatamente um direito seu, ou de terceiro, o que não é verdade.⁵³ Além da legítima defesa putativa, admite-se a responsabilidade civil decorrente do *estado de necessidade agressivo*. O art. 188, I, do Código Civil enuncia que não constitui ato ilícito a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente (estado de necessidade). Todavia, nos termos do art. 929 da atual codificação privada, se a pessoa lesada ou o dono da coisa, em casos tais, não for culpado do perigo, assistir-lhe-á direito à indenização do prejuízo que sofreram. O exemplo clássico é o de um pedestre que vê uma criança gritando em meio às chamas que atingem uma casa. O pedestre arromba a porta da casa, apaga o incêndio e salva a criança. Nos termos dos dispositivos visualizados, se quem causou o incêndio não foi o dono da casa,

o

pedestre-herói terá que indenizá-lo, ressalvado o direito de regresso contra o real culpado (art. 930 do Código Civil). Ora, seria irrazoável imaginar um sistema que ordena que uma pessoa em ato heroico tenha o dever de reparar, enquanto as empresas de tabaco, em condutas nada heroicas, tão

⁵² Argumentando pela licitude do ato de vender de cigarros na obra coletiva abordada (LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais, cit.): FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Iniciativa judicial e prova documental procedente da internet. *Fatos notórios e máximas da experiência no direito probatório*, p. 28-30; AGUIAR JR., Ruy Rosado. Os pressupostos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e as ações de indenização por danos associados ao consumo de cigarros, p. 470; LOPEZ, Teresa Ancona. *Das consequências jurídicas da dependência ao tabaco: conceito jurídico e aptidão para constituir dano indenizável*, p. 500.

⁵³ Conforme o art. 188, I, do Código Civil, a legítima defesa não constitui ato ilícito. Concluindo pelo dever de indenizar, presente a legítima defesa putativa: “CIVIL. DANO MORAL. LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA. A legítima defesa putativa supõe negligência na apreciação dos fatos, e por isso não exclui a responsabilidade civil pelos danos que dela decorram. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp n. 513.891/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma, julgado em 20/03/2007, DJ 16/04/2007, p. 181).

somente lucrativas, sejam excluídas de qualquer responsabilidade pelos produtos perigosos postos em circulação.

Além desses argumentos, insta verificar que, muitas vezes, principalmente para os fumantes das décadas mais remotas, a questão do cigarro pode ser resolvida pela figura do abuso de direito. Isso porque as empresas não informavam dos males causados pelo produto, enganando os consumidores. Assim, estaria configurada a publicidade enganosa, nos termos do art. 37, § 1º, da Lei n. 8.078/1990, o que gera o seu dever de indenizar.⁵⁴ Conforme dispõe o art. 187 do Código Civil de 2002, pode-se falar ainda em quebra da boa-fé, pela falsidade da informação.⁵⁵ Relembre-se que o abuso de direito é lícito pelo conteúdo, mas ilícito pelas consequências (Limongi França). Em suma, comercializar cigarros pode até ser considerado lícito, diante de um erro histórico cometido pela humanidade. Porém, comercializar o produto sem as corretas informações de seus males – já conhecidos pelas próprias empresas –, gerando danos, configura um ilícito por equiparação (art. 927, *caput*, do Código Civil).⁵⁶ Não nos convencem os argumentos contrários, apesar dos grandes esforços da doutrina de escol.⁵⁷

⁵⁴ Lei n. 8.078/1990. “Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.”

⁵⁵ Nessa linha de pensamento, ver, com profundo estudo, incluindo a análise do nexa causal, a que se filia totalmente: MARQUES, Cláudia Lima. Violação do dever de boa-fé, corretamente, nos atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha. Nexa causal entre a falha/defeito de informação e defeito de qualidade nos produtos de tabaco e o dano final morte. Responsabilidade do fabricante do produto, direito a ressarcimento dos danos materiais e morais, sejam preventivos, reparatórios ou satisfatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 835, p. 74-133, 2005.

⁵⁶ Resolvendo a questão pelo abuso do direito, a quem também se filia: DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo*, cit., p. 265-325.

⁵⁷ Excluindo a responsabilidade das empresas pela questão da publicidade que não pode ser tida como enganosa ou abusiva: COELHO, Fábio Ulhoa. Análise da publicidade de cigarros à luz do Código de Defesa do Consumidor. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 155-181. Na mesma obra, enfrentando a questão da publicidade em sentido muito próximo: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Iniciativa judicial e prova documental procedente da internet. Fatos notórios e máximas da experiência no direito probatório, p.

No que concerne à questão da publicidade, o parecer de Judith Martins-Costa quase chega a convencer, em especial pelos *argumentos realeanos*. Aduz a jurista que,

“Traduzindo esses dados para as categorias teóricas do tridimensionalismo de Miguel Reale, observaremos que o *fato* da consciência social acerca dos malefícios do cigarro tem permanecido, através dos tempos, relativamente o mesmo; porém esse fato (a consciência social) *recebe diferentes valorações sociais e jurídicas no curso dos tempos*, resultando, então, em diferentes recepções normativas por parte do Direito. Quando a consciência social dos males do fumo convivia com a sua ‘glamourização’ sociocultural, havia uma ampla tolerância jurídica; porém passa-se, progressivamente, à ‘desglamourização’ sociocultural do fumo, em virtude da ascensão ao *status* de valor social do culto à saúde. Então, verifica-se uma relativa intolerância jurídica, expressa nas leis e medidas administrativas restritivas ao fumo e na regulação da propaganda de cigarros”.⁵⁸ A conclusão a que chega mais à frente, quanto à oferta e à boa-fé, é a de que não é possível interpretar as situações jurídicas do passado com a realidade social do presente e vice-versa. Assim, alega que houve equívoco do julgador do Tribunal Gaúcho ao condenar a empresa Souza Cruz, eis que agiu “trazendo a pré-compreensão e interpretação *hoje devidas* ao princípio da boa-fé objetiva para selecionar, filtrar, apreciar e, finalmente, julgar, fatos ocorridos nas longínquas décadas de 40 e 50 do século passado, deixando de lado os dados contextuais e ignorando a *circunstancialidade em que o conhecimento das concretas situações de*

32-34; TEPEDINO, Gustavo. Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra os fabricantes de cigarros, p. 211-218.

⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória. Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 284.

vida relativas ao tratamento jurídico dos riscos do tabagismo efetivamente se processa”.⁵⁹ Anote-se que os fortes argumentos da jurista foram utilizados no julgamento do Superior Tribunal de Justiça publicado no seu *Informativo n. 432*.⁶⁰

As belas lições da doutrinadora, na verdade, servem em parte para a premissa jurídica que aqui se propõe. Como se verá, a boa-fé objetiva, a veiculação da oferta do cigarro e as experiências sociais do passado devem ser levadas em conta para a fixação do *quantum debeatur*, por interação direta com a assunção dos riscos pelas empresas e fumantes. Todavia, não se pode dizer que tais deduções sociais servem para excluir totalmente a responsabilidade ou a ilicitude das condutas das empresas de tabaco, inclusive na questão da publicidade, como quer a jurista gaúcha. Não se pode colocar totalmente o peso do risco em cima dos consumidores, como se pretende. Em verdade, a boa-fé objetiva e o dever de informar servem para calibrar as condutas, influenciando diretamente na ponderação e na fixação das responsabilidades de cada uma das partes envolvidas.

Pois bem, o argumento do *livre-arbítrio* já foi exaustivamente rebatido. Cumpre discorrer sobre ele um pouco mais, eis

⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória. Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo, cit., p. 289.

⁶⁰ Com relevo para o seguinte trecho, que mais uma vez se transcreve, para fins didáticos: “Frise-se que, antes da CF/1988 (gênese das limitações impostas ao tabaco) e das legislações restritivas do consumo e publicidade que a seguiram (notadamente, o CDC e a Lei n. 9.294/1996), não existia o dever jurídico de informação que determinasse à indústria do fumo conduta diversa daquela que, por décadas, praticou. Não há como aceitar a tese da existência de anterior dever de informação, mesmo a partir de um ângulo principiológico, visto que a boa-fé (inerente à criação desse dever acessório) não possui conteúdo *per se*, mas, necessariamente, insere-se em um conteúdo contextual, afeito à carga histórico-social. Ao se considerarem os fatores legais, históricos e culturais vigentes nas décadas de cinquenta a oitenta do século anterior, não há como cogitar o princípio da boa-fé de forma fluida, sem conteúdo substancial e contrário aos usos e costumes por séculos preexistentes, para concluir que era exigível, àquela época, o dever jurídico de informação...” (STJ, [REsp n. 1.113.804/RS](#), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27/04/2010).

que farta doutrina partidária da conclusão da irreparabilidade o utiliza.⁶¹ Em verdade, na realidade pós-moderna não há o citado *livre-arbítrio*, conceito essencialmente liberal da modernidade, modelo no qual algumas gerações de juristas se formou. O que existe na contemporaneidade é uma inafastável e irresistível tendência de intervenção estatal, de dirigismo negocial, a fim de proteger partes vulneráveis (consumidores, trabalhadores, aderentes, mulheres sob violência, crianças e adolescentes, além de outras questões subjetivas) e valores fundamentais (moradia, saúde, segurança, função social, vedação do enriquecimento sem causa e da onerosidade excessiva, entre outros aspectos de valoração objetiva). Eis aqui mais uma ideia que conflita gerações no Direito. Em reforço, cumpre lembrar as palavras do Desembargador Caetano Lagrasta, em julgado do Tribunal de São Paulo, no sentido de que o argumento do livre-arbítrio parece fundamentar uma pretensa religião que cultua o cigarro. Em reforço, fica a dúvida se realmente havia um *livre e irrestrito arbítrio* no que toca aos fumantes do passado remoto.⁶²

⁶¹ Discorrendo de forma profunda sobre o livre-arbítrio e a liberdade do fumante, em uma visão liberal: LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. A jurista utiliza como um dos argumentos principais a vedação do comportamento contraditório – *venire contra factum proprium non potest* (LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos*, cit., p. 154-156). Naquela obra coletiva de pareceres a favor das empresas de cigarro, o recurso ao livre-arbítrio é recorrente (LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais, cit.). Nesse sentido, ver, com algumas variações: AZEVEDO, Álvaro Villaça. A dependência ao tabaco e a sua influência na capacidade jurídica do indivíduo. A caracterização de defeito no produto sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, cit., p. 71-73; LACERDA, Galeno. Liberdade-responsabilidade: assunção de risco e culpa exclusiva do fumante como excludente de responsabilidade do fabricante de cigarros, cit., p. 189-191; TEPEDINO, Gustavo. Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra os fabricantes de cigarros, cit., p. 222-229; NERY JR., Nelson. Ações de indenização fundadas no uso de tabaco, cit., p. 397; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde*, cit., p. 319-374; DOTTI, René Ariel. *Cigarro, dependência e responsabilidade civil*, cit., p. 426-467; LOPEZ, Teresa Ancona. Das consequências jurídicas da dependência ao tabaco: conceito jurídico e aptidão para constituir dano indenizável, cit., p. 498-500.

⁶² Rebatendo muito bem os argumentos do livre-arbítrio, servindo como inspiração para este estudo, até porque muitas vezes o fumante viciado não o tem, ver: DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo*, cit., p. 357-378.

Em relação a argumentos acessórios relativos à liberdade e à autonomia privada, caso da *vedação do comportamento contraditório*, insta deixar claro que a máxima do *venire contra factum proprium* não consegue vencer valores fundamentais, caso da tutela da saúde, que está no art. 6º da Constituição Federal (*técnica de ponderação*).⁶³ É assim, por exemplo, com a questão do Bem de Família, na *polêmica do Bem de Família Ofertado*, sendo certo que o Superior Tribunal de Justiça entende por maioria que a proteção da Lei n. 8.009/1990 prevalece sobre a alegação do comportamento contraditório, eis que o Bem de Família é irrenunciável.⁶⁴ Semelhante aspecto deve ser tido quanto à saúde na relação individual ou negocial privada: ela é irrenunciável pelo fumante, não se

⁶³ Naquela obra coletiva, enquadrando o fumante que pleiteia a indenização na vedação do comportamento contraditório que decorre da boa-fé: NERY JR., Nelson. Ações de indenização fundadas no uso de tabaco, cit., p. 397-398; TEPEDINO, Gustavo. Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra os fabricantes de cigarros, cit., p. 219-222; LOPEZ, Teresa Ancona. Das consequências jurídicas da dependência ao tabaco: conceito jurídico e aptidão para constituir dano indenizável, cit., p. 507.

⁶⁴ Sobre o tema, ver: TARTUCE, Flávio. A polêmica do bem de família ofertado. *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Emerj, v. 11, n. 43, p. 233-246, 2008. Por todos os julgados de irrenunciabilidade do bem de família, ver: “AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS CAPAZES DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. INDICAÇÃO À PENHORA. – Não merece provimento recurso carente de argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada. – O fato de o executado oferecer à penhora o imóvel destinado à residência da família não o impede de arguir sua impenhorabilidade (Lei n. 8.009/90)” (STJ, AgRg no REsp n. 888.654/ES, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, julgado em 03/04/2007, DJ 07/05/2007, p. 325). “RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA DO IMÓVEL NO QUAL RESIDEM OS EMBARGANTES. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. MEMBROS INTEGRANTES DA ENTIDADE FAMILIAR. NOMEAÇÃO À PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AO BENEFÍCIO PREVISTO NA LEI N. 8.009/90. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO DESTES. PERDA DE OBJETO. PREJUDICIALIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO. 1 – Os filhos da executada e de seu cônjuge têm legitimidade para a apresentação de embargos de terceiro, a fim de desconstituir penhora incidente sobre o imóvel no qual residem, pertencente a seus genitores, porquanto integrantes da entidade familiar a que visa proteger a Lei n. 8.009/90, existindo interesse em assegurar a habitação da família diante da omissão dos titulares do bem de família. Precedentes (REsp ns. 345.933/RJ e 151.238/SP). 2 – Esta Corte de Uniformização já decidiu no sentido de que a indicação do bem de família à penhora não implica renúncia ao benefício garantido pela Lei n. 8.009/90. Precedentes (REsp ns. 526.460/RS, 684.587/TO, 208.963/PR e 759.745/SP). 3 – Recurso conhecido e provido para julgar procedentes os embargos de terceiro, afastando a constrição incidente sobre o imóvel, invertendo-se o ônus da sucumbência, mantido o valor fixado na r. sentença. 4 – Tendo sido julgado, nesta oportunidade, o presente recurso especial, a Medida Cautelar n. 2.739/PA perdeu o seu objeto, porquanto foi ajuizada, exclusivamente, para conferir-lhe efeito suspensivo. 5 – Prejudicada a Medida Cautelar n. 2.739/PA, por perda de objeto, restando extinta, sem exame do mérito, nos termos do art. 808, III, c/c o art. 267, IV, ambos do CPC. Este acórdão deve ser trasladado àqueles autos” (STJ, REsp n. 511.023/PA, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4ª Turma, julgado em 18/08/2005, DJ 12/09/2005, p. 333).

podendo pensar em contradição quando um direito simplesmente não pode ser exercido.

Relativamente à questão de prescrição, muitas vezes utilizada nos julgados, trata-se de uma preliminar de mérito, que não interessa ao presente estudo. De fato, se esta estiver presente, deve ser reconhecida pelo juiz. Todavia, a grande dúvida se refere a qual prazo aplicar, o de cinco anos do art. 27 do Código do Consumidor ou o geral de dez anos do art. 205 do Código Civil de 2002.⁶⁵ Na opinião deste autor, deve-se subsumir a regra consumerista, ficando o alerta de que o prazo prescricional terá início da ocorrência do evento danoso ou de sua autoria, conforme está expresso no art. 27 do CDC, em sintonia com a boa-fé e a valorização da informação (aplicação da teoria da *actio nata*). Em qualquer situação de dúvida quanto a tal início, deve prevalecer a interpretação *pro consumidor*, diante do *princípio do protecionismo*, abstraído do art. 1º da Lei n. 8.078/1990 e do art. 5º, XXII, do Texto Maior.

Por fim, o argumento principal a ser rebatido é o da culpa exclusiva da vítima. Esse parece ser o maior sofisma jurídico pregado por parte da doutrina e da jurisprudência, que concluem pela inexistência de dever de indenizar os fumantes ou seus familiares, ferindo a lógica do razoável. Não se pode admitir que a carga de culpa fique somente concentrada no consumidor, sobretudo se as empresas de cigarro assumem um risco-proveito, altamente lucrativo. O argumento é por completo inócuo nos casos de fumantes passivos, caso, por exemplo, de trabalhadores de

⁶⁵ Concluindo pela incidência do art. 27 do Código do Consumidor, do STJ: “RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL E ESTÉTICO. INDENIZAÇÃO. TABAGISMO. REPARAÇÃO CIVIL POR FATO DO PRODUTO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. RECONHECIMENTO NO CASO CONCRETO. I – Indenização de males decorrentes do tabagismo, fundamentada a petição inicial no art. 27 da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). II – Tratamento do caso como ‘danos causados por fato do produto ou do serviço prestado’ (CDC, art. 27). III – Prescrição quinquenal do Código de Defesa do Consumidor incidente, e não prescrição ordinária do Código Civil. IV – Art. 7º do Cód. de Defesa do Consumidor inaplicável ao caso específico. Recurso especial provido” (STJ, REsp n. 782.433/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para Acórdão Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, julgado em 04/09/2008, *DJe* 20/11/2008). No mesmo sentido, recente decisão publicada no *Informativo n. 430* do STJ (STJ, [REsp n. 1.009.591/RS](#), Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/4/2010).

locais em que o fumo vem – ou vinha – a ser permitido (v.g. casas noturnas e restaurantes), que acabam se enquadrando no conceito de consumidor por equiparação ou *bystander* (art. 17 do CDC).⁶⁶ Há até o cúmulo das vozes argumentativas que pregam que a pessoa fuma para depois pleitear indenização ou para que seus familiares o façam. Quem já vivenciou os últimos dias de um fumante sabe muito bem como o argumento é descabido, seja do ponto de vista fático ou social.

A conclusão deste estudo é a de que o problema do cigarro deve ser resolvido pela *teoria do risco concorrente*. Na linha das lições de Judith Martins-Costa antes esposadas,

dois momentos distintos devem ser imaginados, para duas soluções do mesmo modo discrepantes. Atente-se para o fato de que as soluções são de divisões diferentes das responsabilidades, sem a atribuição do ônus de forma exclusiva a apenas um dos envolvidos.

De início, para aqueles que começaram a fumar antes da publicidade e da propaganda de alerta, o fator de assunção do risco deve ser diminuído ou até excluído, eis que não tinham conhecimento – ou não deveriam ter – de todos os males causados pelo fumo. Muitas dessas pessoas foram enganadas anos a fio. Aqui se enquadram os que se iniciaram no fumo antes do início do século XXI e que são justamente os personagens principais das demandas em curso perante o Poder Judiciário brasileiro. O maior índice de risco assumido, por óbvio, está na conduta dos fabricantes e comerciantes de cigarros, até porque sabiam ou deveriam saber dos males do produto. É possível deduzir ainda que, diante do grau de instrução do brasileiro comum, não se pode atribuir qualquer índice de riscos aos consumidores, aplicando-se a reparação integral dos danos.

⁶⁶ Sobre tal enquadramento como consumidor equiparado: MORAES, Carlos Alexandre. *Responsabilidade civil das empresas tabagistas*, cit., p. 154-157.

Entretanto, aumentando o grau de esclarecimento do fumante, a ponderação deve ser diversa.

Para ilustrar, se uma pessoa altamente esclarecida começou a fumar nos anos 1980, sendo razoável que ela sabia dos males do cigarro, o grau de risco assumido deve ser em torno de 10% ou 20%, enquanto os outros 90% ou 80% correm por conta da empresa de tabaco. Na mesma hipótese, mas envolvendo um analfabeto sem instrução cultural, o grau de risco será de 100% por parte da empresa.

Por outra via, para aqueles que iniciaram o hábito mais recentemente – devidamente informados, sabendo e conhecendo os males do cigarro –, a situação é diferente. Inverte-se o raciocínio, uma vez que a maior carga de risco assumido se dá por parte do fumante. Nesse contexto, pode-se imaginar 90% de risco por parte do fumante e 10% pela empresa; 80% de risco pelo fumante e 20% pela empresa, e assim sucessivamente, o que depende da análise caso a caso pelo aplicador do Direito. Contudo, mesmo em casos tais não se pode admitir a culpa ou o fato exclusivo da vítima, havendo, na verdade, um risco concorrente. Eis aqui mais um exemplo de que a teoria que se propõe pode ser favorável ao consumidor, pois em circunstâncias normais poder-se-ia falar em culpa exclusiva do consumidor, como faz parte da doutrina e da jurisprudência, muitas vezes amparada no livre-arbítrio.

Concluindo, com essa exemplificação concreta culminante, pela teoria do risco concorrente em casos que envolvem a responsabilidade civil pelo uso do cigarro, a indenização deve ser fixada de acordo com os riscos assumidos pelas partes, aplicando-se a equidade e buscando-se o critério máximo de justiça. São seguidas as ideias outrora expostas de Jorge Mosset Iturraspe, no sentido de que não se pode mais encarar a responsabilidade civil com a construção de culpabilidade total de certos

indivíduos.⁶⁷ Um sistema justo, equânime e ponderado de *dereito dos danos* é aquele que procura dividir os custos do dever de indenizar de acordo com os seus participantes e na medida dos riscos assumidos por cada um deles.

⁶⁷ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños*, t. III, cit., p. 13.