

CONTROLE JURÍDICO DO TABAGISMO

NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

[Categoria: profissionais com bacharelado em Direito]

Fernando Gama de Miranda Netto

Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho (RJ), com período de pesquisa de um ano junto à Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften de Speyer (Alemanha) e junto ao Max-Planck-Institut (Heidelberg) com bolsa CAPES/DAAD.

Professor Adjunto de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense (UFF). Membro da Comissão de Mediação da OAB/RJ. Advogado.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Controle do tabaco na perspectiva garantista - 3. Políticas públicas de controle do tabaco – 3.1. Definição de ambientes em que o fumo é proibido – 3.2. Restrição de venda de produtos derivados do tabaco – 3.3. Proteção de menores – 3.4. Tratamento e apoio ao fumante – 3.5. Limitação da publicidade e patrocínio dos produtos derivados do tabaco – 3.6. Ações de conscientização da população – 3.7. Controle e fiscalização dos produtos derivados do tabaco – 3.8. Convenção-Quadro e outros compromissos para o controle do tabaco – 3.9. Direcionamento de recursos públicos para desestimular a cultura do tabaco – 3.10. Tributação de produtos derivados do tabaco - 4. Sobre a cultura de consumo de produtos derivados do tabaco e seus mitos - 4.1. Mito social - 4.2. Mito econômico - 4.3. Mito político - 4.4. Mito jurídico - 5. Tutela judicial do consumidor

do tabaco - 5.1 Licitude da atividade de comercializar cigarros - 5.2. Cigarro como produto de periculosidade inerente e não-defeituoso - 5.3. Direito à informação e publicidade enganosa e abusiva - 5.4. Nexo causal entre o ato de fumar e “doenças multifatoriais” - 5.5. Situação jurídica do fumante passivo: consumidor por equiparação - 6. Conclusões - 7. Referências bibliográficas - 8. Referências eletrônicas.

1. Introdução

Cresce cada vez mais, no Brasil, o interesse pelos aspectos jurídicos do tabagismo, principalmente em razão de vários direitos fundamentais envolvidos. As inúmeras ações judiciais propostas por pessoas que se consideram vítimas do vício, objetivando indenizações em face da Souza Cruz S/A,¹ evidenciam o real conflito presente na sociedade.

Não menos importante é a situação dos não-fumantes que se vêem obrigados, em diversas situações do dia-a-dia, a suportar a fumaça e guimbas ofertadas em elevadores, restaurantes, locais de trabalho e até mesmo em ambiente escolar, que fazem deles fumantes passivos. Entre os mais vulneráveis encontram-se as crianças. Afinal, que proteção jurídica poderia ser reservada ao bebê que tem os pais fumantes?

¹ Além da Souza Cruz S/A, há outros estabelecimentos fabricantes de cigarros autorizados a operar no Brasil: 1) Philip Morris Brasil Indústria e Comércio Ltda; 2) Cia Sulamericana de Tabacos; 3) Cibahia Tabacos Especiais Ltda.; 4) Golden Leaf Tobacco Ltda.; 5) Real Tabacos Ltda.; 6) Phoenix Indústria e Comércio de Tabacos Ltda.; 7) American Blend Importação, Exportação, Indústria & Comércio de Tabacos Ltda.; 8) Fenton Ind. e Com. De Cigarros Imp. Exp. Ltda. (por ordem judicial); 9) Indústria e Comércio Rei Ltda (por ordem judicial); 10) Itaba Indústria de Tabaco Brasileira Ltda. (por ordem judicial); 11) Cabo Friense Indústria e Comércio de Cigarros Ltda. (por ordem judicial). Fonte: <http://www.receita.fazenda.gov.br/DestinacaoMercadorias/ProgramaNacCombCigarroIllegal/EstabFabrOpBrasil.htm> - acesso em 1. De fevereiro de 2010.

Realmente, é praticamente impossível que alguém não tenha em sua vida, ainda que contra a própria vontade, sentido o cheiro da fumaça do cigarro. Hodiernamente, no entanto, é maciça a campanha contra os produtores de tabaco, tanto no plano nacional como no plano internacional. Já no final do século XIX, o talento de Vincent Van Gogh deixou para a humanidade uma pintura a óleo sobre tela de uma caveira com um cigarro aceso. Interessante observar que o glamour associado ao cigarro em filmes clássicos de Hollywood ficou no passado e hoje a cruzada antitabagista chegou até as telas do cinema e pode ser conferida em filmes como *O Informante* (1999), *Obrigado por Fumar* (2005) e o recente documentário *Fumando Espero: onde há fumaça, há fogo* (2009), este último de produção nacional.

O Brasil, particularmente, tem adotado inúmeras medidas legais e administrativas específicas para realizar o controle da atividade da indústria do fumo, ocupando uma posição de liderança. Por outro lado, os tribunais brasileiros, em regra, não têm acolhido as pretensões indenizatórias de pessoas que foram acometidas por doenças associadas ao tabaco.

Não constitui objetivo específico desta pesquisa enumerar estudos científicos e dados estatísticos da área da saúde que apontem para os danos causados pelo fumo. Ao revés, almeja-se discutir juridicamente a prevenção e a reparação no campo legal, doutrinário e jurisprudencial. Nesta ordem de idéias, este trabalho pretende responder: a) que relação existe entre o controle do tabaco e os direitos fundamentais; b) quais são as políticas públicas de controle do tabaco; c) como é realizada a tutela judicial do consumidor do tabaco;

É o que se examina nos tópicos que seguem.

2. Controle do tabaco na perspectiva garantista

Uma concepção garantista do Direito impõe a sujeição de todos os Poderes à Constituição, especificamente na tutela dos direitos fundamentais, levando-os a sério.² Com efeito, em um Estado Democrático de Direito nenhum dogma legal pode desprezitar os *direitos humanos fundamentais*.³

Um breve exame do estado da arte da situação dos fumantes revela que os direitos fundamentais de todas as gerações podem ser potencialmente violados, senão vejamos.

Poder-se-ia questionar, em primeiro lugar, a regulação do fumo pelo Estado. Não estaríamos aqui diante de uma forte intervenção na autonomia da vontade – e por que não dizer – no *direito de liberdade* dos fumantes? Por outro lado, a dependência provocada pela nicotina não constitui uma forma de dano ao espaço de decisão do fumante que tenta desesperadamente abandonar o vício?

Em segundo lugar, se fumar realmente é prejudicial à saúde, como apontam diversos estudos médicos, não deveria haver algum tipo de responsabilização daqueles que provocam este *dano social*, isto é, atingem o direito à saúde da coletividade e forçam o Poder Público a destinar mais verbas para os hospitais tratarem especificamente de doenças ligadas ao tabagismo?

² É a linha de pensamento de LUIGI FERRAJOLI, “O Direito como sistema de garantias”, in: *O novo em Direito e Política*, p. 97: “Todos os direitos fundamentais – e não só os direitos sociais e os deveres positivos por eles impostos ao Estado, mas também os direitos de liberdade e as correspondentes proibições negativas que limitam a intervenção daquele – equivalem a vínculos de *substância* e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas e exprimem, ao mesmo tempo, os fins para que está orientado esse moderno artifício que é o Estado Constitucional de Direito.” Sobre o conceito de garantismo, veja-se: LUIGI FERRAJOLI, *Teoria do Garantismo Penal*, p. 684-5.

³ Esclarece MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 14: “no diálogo político, não mais se fala em direitos do Homem, embora textos constitucionais ainda empreguem a expressão. O feminismo conseguiu o repúdio da mesma, acusando-a de ‘machista’. Logrou impor, em substituição, a politicamente correta terminologia de direitos humanos, direitos humanos fundamentais, de que direitos fundamentais são uma abreviação.”

Finalmente, se o Estado conhece os perigos que a produção e o consumo do tabaco acarretam ao meio ambiente, não deveria restringir ou até mesmo proibir a comercialização de produtos fumígenos com o objetivo de lutar por um meio ambiente livre de tabaco?

Nesta linha de raciocínio, pode-se perceber que o tema do fumo envolve o *direito à liberdade* (direito fundamental de primeira geração), o *direito à saúde* (direito fundamental de segunda geração) e o *direito a um meio ambiente saudável e equilibrado* (direito fundamental de terceira geração). Nesta discussão não se pode esquecer o *fumante passivo*, mesmo porque também é dever do Estado proteger a vida/saúde de seus cidadãos contra a intervenção arbitrária de terceiros.

Estabelecida a conexão entre tabaco e direitos fundamentais, o próximo tópico cuidará das políticas públicas de controle do tabaco.

3. Políticas públicas de controle do tabaco

É possível conhecer as políticas públicas desenvolvidas pelo governo através da legislação referente ao tabaco, que é consideravelmente extensa. Didaticamente, podem-se dividir em dez grupos as políticas públicas de controle do tabaco, indicando a legislação respectiva: I. Definição de ambientes em que o fumo é proibido; II. Restrição de venda de produtos derivados do tabaco; III. Proteção de menores; IV. Tratamento e apoio ao fumante; V. Limitação da publicidade e patrocínio dos produtos derivados do tabaco; VI. Ações de conscientização da população; VII. Controle e fiscalização dos produtos derivados do tabaco; VIII. Convenção-Quadro e outros compromissos para o

controle do tabaco; IX. Direcionamento de recursos públicos para desestimular a cultura do tabaco; X. Tributação de produtos derivados do tabaco.⁴

3.1 Definição de ambientes em que o fumo é proibido

Nas últimas décadas do século XX, o governo brasileiro iniciou uma série de medidas para conter o tabagismo. De início, timidamente, por meio da Portaria Interministerial n.º 3.257, de 22 de setembro de 1988 (*DOU de 26/09/88, Seção 1, pág. 8.590*), onde recomendava medidas restritivas ao fumo em ambientes de trabalho.

Em 1996, através da Lei n.º 9.294, de 15 de julho, surge a proibição do uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos, ou de qualquer outro produto fumígeno derivado do tabaco, em recinto coletivo privado ou público, tais como, repartições públicas, hospitais, salas de aula, bibliotecas, ambientes de trabalho, teatros e cinemas. Há oficialmente a permissão para o tabagismo em *fumódromos* – áreas destinadas exclusivamente ao fumo, mas devidamente isoladas e com arejamento conveniente. Esta é a lei básica de controle do tabaco e que já foi várias vezes alterada.

Já o Decreto n.º 2.018, de 1º de outubro de 1996, complementa a Lei n.º 9.294/96, definindo os conceitos de “recinto coletivo”⁵ e o de “área devidamente isolada e destinada exclusivamente ao tabagismo”.⁶ Neste mesmo diploma legal, no entanto,

⁴ A classificação apresentada segue, grosso modo, o que dispõe o portal do Instituto Nacional do Câncer (INCA): <http://www1.inca.gov.br/tabagismo/economia/leisfederais.pdf> (acesso em 30 de janeiro de 2010).

⁵ Art. 2º. Para os efeitos deste Decreto são adotadas as seguintes definições: I- RECINTO COLETIVO: local fechado destinado a permanente utilização simultânea por várias pessoas, tais como casas de espetáculos, bares, restaurantes e estabelecimentos similares. São excluídos do conceito os locais abertos ou ao ar livre, ainda que cercados ou de qualquer forma delimitados em seus contornos; II - RECINTOS DE TRABALHO COLETIVO: as áreas fechadas, em qualquer local de trabalho, destinadas a utilização simultânea por várias pessoas que nela exerçam, de forma permanente suas atividades.

⁶ Art. 2º. (...) IV - ÁREA DEVIDAMENTE ISOLADA E DESTINADA EXCLUSIVAMENTE A ESSE FIM: a área que no recinto coletivo for exclusivamente destinada aos fumantes, separada da destinada aos não-fumantes por qualquer meio ou recurso eficiente que impeça a transposição da fumaça.

encontra-se, curiosamente, uma certa confusão entre o espaço público e o privado, conforme reza o parágrafo único do art. 4º: “Nos gabinetes individuais de trabalho das repartições públicas federais será permitido, a juízo do titular, uso de produtos fumígenos.” Deste modo, os funcionários que ali transitassem transformar-se-iam, automaticamente, em fumantes passivos, seja para entregar um documento ou mesmo um cafezinho para o chefe.

Com a Lei n.º 10.167, de 27 de dezembro de 2000, o cerco ao fumante aumentou ao se proibir, *sem ressalvas*, o uso de produtos fumígenos derivados do tabaco em aeronaves e demais veículos de transporte coletivo (nova redação para o §2º do art. 2º, Lei n.º 9.294). O maior beneficiado dessa restrição foi, sem dúvida, o fumante passivo, que por muito tempo teve que suportar nuvens de fumaça negra em suas viagens.

3.2 Restrição da venda de produtos derivados do tabaco

O comércio de produtos derivados do tabaco está sujeito a um grande controle no Brasil. O Decreto n.º 2.637, de 25 de junho de 1998, determina que a comercialização de cigarros no país, inclusive a sua exposição à venda, seja feita exclusivamente em maços, carteiras ou outros recipientes que contenham *vinte unidades*.⁷ Por seu turno, a Lei n.º 10.167, 27 de dezembro de 2000, alterou a Lei n.º 9.294/96, proibindo a venda por via postal, a distribuição de amostra ou brinde e a comercialização em estabelecimentos de ensino e de saúde.

⁷ Veja-se, a propósito, o Parecer da lavra de EROS GRAU. “Comercialização de cigarros. Livre iniciativa. Princípio de proporcionalidade”, *in: Revista de Direito Administrativo*, n.215, p. 310-318, que defende, sem razão, a inconstitucionalidade de ato normativo que proíbe a comercialização de cigarros em embalagens inferiores a uma vintena.

Certamente vocacionada para a defesa dos jovens, a Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária n.º 15, de 17 de janeiro de 2003, proíbe a venda de produtos derivados do tabaco na *Internet*.

Por derradeiro, a Lei n.º 10.702, de 14 de julho de 2003, fez nova alteração na Lei n.º 9.294/96, proibindo a venda em órgãos ou entidades da Administração Pública.

3.3 Proteção de menores

As crianças e adolescentes gozam de especial proteção no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990). Este, em seu art. 243 proíbe vender, fornecer ou entregar, à criança ou ao adolescente, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, estabelecendo pena de detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.⁸

A Lei n.º 10.167, de 27 de dezembro de 2000 impede que a propaganda comercial do produto faça associações à prática de atividades esportivas, e inclua crianças ou adolescentes.

Na Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego n.º 06, de 5 de fevereiro de 2001, consta a proibição do trabalho do menor de 18 anos na colheita, beneficiamento ou industrialização do fumo. Já a Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária n.º 304, de 07 de novembro de 2002, com o objetivo reduzir o consumo de produtos derivados do tabaco entre os jovens, estabelece a proibição de alimentos cuja forma de apresentação seja assemelhada a de cigarros, charutos ou cigarrilhas (art. 1º). Também o uso de embalagens de alimentos que simulem ou imitem as embalagens de produtos fumígenos restou proibida (art. 2º). Realmente, até pouco tempo era comum

⁸ Redação dada pela Lei n.º 10.764, de 12.11.2003.

encontrar à venda nos supermercados caixas com barrinhas de chocolate que imitavam a forma de um maço de cigarros.

Finalmente, a Lei n.º 10.702, de 14 de julho de 2003, alterou a Lei n.º 9.294/96, para reforçar no art. 3º-A, IX, deste diploma, que é proibida a venda de produtos derivados do tabaco a menores de 18 (dezoito) anos.

3.4 Tratamento e apoio ao fumante

O Brasil tem uma política de apoio às pessoas que desejam parar de fumar. A Portaria do Ministério da Saúde n.º 1.035, de 31 de maio de 2004, amplia o acesso à abordagem e tratamento do tabagismo para a rede de atenção básica e de média complexidade do Sistema Único de Saúde (SUS).⁹ Esta deve ser conjugada com a

⁹ O MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, no uso de suas atribuições, e Considerando que a Organização Mundial da Saúde - OMS classifica o tabagismo como dependência de nicotina e o inclui no grupo de transtornos mentais e de comportamento decorrentes do uso de substâncias psicoativas do CID 10; Considerando que 70 a 90% dos fumantes regulares apresentam sintomas físicos da dependência de nicotina, necessitando de apoio e tratamento para a cessação do tabagismo; Considerando que estudos nacionais e internacionais mostram que 80% dos fumantes desejam parar de fumar, mas, sem apoio, somente 3% conseguem a cada ano; Considerando que o documento de consenso “Abordagem e Tratamento do Fumante”, elaborado e publicado pelo Ministério da Saúde/Instituto Nacional de Câncer, preconiza a abordagem cognitivo-comportamental, associada ou não, ao apoio medicamentoso, como método mais eficaz para o tratamento da cessação do tabagismo; Considerando a necessidade da ampliação da oferta de serviços no Sistema Único de Saúde que apoiem os fumantes que desejam parar de fumar; Considerando que as ações desses serviços podem e devem também acontecer no nível da atenção básica e da média complexidade; Considerando a necessidade de apoiar com medicamentos, quando necessário, a abordagem e tratamento do fumante, possibilitando o acesso dos usuários do SUS a estes medicamentos; e Considerando as conclusões do Grupo de Trabalho instituído pela Portaria nº 1.798/GM, de 12 de setembro de 2003, resolve:

Art. 1º Ampliar o acesso à abordagem e tratamento do tabagismo para a rede de atenção básica e de média complexidade do Sistema Único de Saúde - SUS, com o objetivo de consolidar o Programa Nacional de Controle do Tabagismo.

Parágrafo único. O Programa ora consolidado tem como uma de suas ações a abordagem e tratamento do tabagismo e será desenvolvido pelo Ministério da Saúde/Secretaria de Atenção à Saúde/Instituto Nacional de Câncer em parceria com as Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde e do Distrito Federal.

Art. 2º Determinar que as unidades de saúde credenciadas que compõem a rede hierarquizada e efetuarão a abordagem e o tratamento do tabagismo deverão ter em seu quadro de servidores, pelo menos, 1 (um) profissional de saúde, de nível universitário, capacitado para a abordagem e o tratamento do tabagismo;

Portaria da Secretaria de Atenção à Saúde/MS n.º 442, de 13 de agosto de 2004, que aprova o Plano para Implantação da Abordagem e Tratamento do Tabagismo no SUS e o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas – Dependência à Nicotina.

3.5 Limitação da publicidade e patrocínio dos produtos derivados do tabaco

A Constituição brasileira de 1988 determina que a publicidade de tabaco estará sujeita às restrições legais e conterà advertência sobre os malefícios do tabagismo (§4º do art. 220).¹⁰ Para atender ao comando constitucional, a Portaria Interministerial n.º 477, de 24 de março de 1995, recomenda às emissoras de televisão que evitem a transmissão de imagens em que apareçam pessoas famosas fumando (art. 3º, I), e também aos órgãos integrantes do Sistema Único de Saúde a recusa do patrocínio, colaboração, apoio ou promoção de campanhas de saúde pública pelas indústrias de tabaco (art. 3º, II, ‘a’).

A já citada Lei n.º 10.167, entre as várias alterações promovidas na Lei n.º 9.294/96, limitou a veiculação da propaganda comercial dos produtos fumígenos somente por meio de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda. Além disso, estabeleceu a proibição de propaganda por meio eletrônico, inclusive Internet, a propaganda indireta contratada (*merchandising*) e a propaganda em estádios, pistas, palcos ou locais similares, bem como a vedação de patrocínio de eventos

§ 1º Considera-se abordagem e tratamento do tabagismo a abordagem cognitivo-comportamental do fumante obrigatória, e apoio medicamentoso quando necessário, de acordo com a metodologia preconizada pelo Ministério da Saúde/Secretaria de Atenção à Saúde/Instituto Nacional de Câncer.

¹⁰ 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.

(...)

§ 3º - Compete à lei federal:

(...)

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 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 conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

esportivos nacionais e culturais. Para a execução dos dispositivos dessa lei, torna-se necessário observar a Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária n.º 15, de 17 de janeiro de 2003, que define os conceitos de “propaganda de produtos derivados do tabaco” e “parte interna do local de venda”.¹¹

Outras limitações aparecem na Lei n.º 10.702, 14 de julho de 2003, que, ao alterar a Lei n.º 9.294/96, impediu o patrocínio de eventos esportivos internacionais por marcas de cigarros a partir de 30 de setembro de 2005. Essa lei determina a veiculação de advertências sobre os malefícios do tabagismo na abertura, no encerramento e durante a transmissão de eventos esportivos internacionais, em intervalos de quinze minutos. Ao Ministério da Saúde é facultada a colocação de propagandas fixas, com advertências sobre os malefícios do tabagismo,¹² no local da realização do evento. Complementa a Lei n.º 10.702/03 a Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária n.º 199, de 24 de julho de 2003, que dispõe sobre as frases de advertência do Ministério da Saúde exibidas durante a transmissão no país de eventos esportivos e

¹¹ Art. 1º Para cumprimento do artigo 3º da Lei n.º 9.294 de 15 de julho de 1996, com as alterações dadas pela Lei n.º 10.167, de 27 de dezembro de 2000, considera-se:

I- propaganda de produtos derivados do tabaco: qualquer forma de divulgação, seja por meio eletrônico, inclusive internet, por meio impresso, ou qualquer outra forma de comunicação ao público, consumidor ou não dos produtos, que promova, propague ou dissemine o produto derivado do tabaco, direta ou indiretamente, realizada pela empresa responsável pelo produto ou outra por ela contratada;

Parágrafo único. Consideram-se, inclusive, abrangidas na definição acima a divulgação de catálogos ou mostruários de produtos derivados do tabaco, tanto na forma impressa como por meio eletrônico; a divulgação do nome de marca e elementos de marca de produto derivado do tabaco ou da empresa fabricante em produtos diferentes dos derivados do tabaco; a associação do nome de marca e elementos de marca do produto ou da empresa fabricante a nomes de marcas de produtos diferentes dos derivados do tabaco, a nomes de outras empresas ou de estabelecimentos comerciais; bem como qualquer outra forma de comunicação ou ação que promova os produtos derivados do tabaco, atraindo a atenção e o interesse da população, seja ela consumidora ou não dos produtos, e possa estimular o consumo ou a iniciação do uso.

II - parte interna do local de venda: área fisicamente delimitada localizada no interior do estabelecimento comercial e destinada à venda de produtos derivados do tabaco e seus acessórios.

¹² Tais advertências devem ser precedidas da afirmação "O Ministério da Saúde adverte": I – "fumar causa mau hálito, perda de dentes e câncer de boca"; II – "fumar causa câncer de pulmão"; III – "fumar causa infarto do coração"; IV – "fumar na gravidez prejudica o bebê"; V – "em gestantes, o cigarro provoca partos prematuros, o nascimento de crianças com peso abaixo do normal e facilidade de contrair asma"; VI – "crianças começam a fumar ao verem os adultos fumando"; VII – "a nicotina é droga e causa dependência"; e VIII – "fumar causa impotência sexual".

culturais internacionais. Tal Resolução contém, ainda, informação sobre o serviço *Disque Pare de Fumar*.¹³

3.6 Ações de conscientização da população

O governo brasileiro tem agido de forma responsável no que se refere à conscientização da população sobre os malefícios dos produtos fumígenos. Vale destacar, desde logo, que o Dia Nacional de Combate ao Fumo é criado pela Lei n.º 7.488, de 11 de junho de 1986, e determina que as comemorações devem ocorrer sempre no dia 29 de agosto, em todo o território nacional.

A Portaria n. 490 do Ministério da Saúde, de 25 de agosto de 1988, impõe para as indústrias fumageiras a obrigação de colocar nos maços a cláusula de advertência: “O Ministério da saúde adverte: Fumar é prejudicial à saúde”.

Paralelamente, a Portaria Interministerial n.º 3.257, de 22 de setembro de 1988, prevê a atribuição de certificados de honra ao mérito às empresas que se destacarem em campanhas para o controle do tabagismo. Na mesma linha está a Portaria Interministerial n.º 1.498, de 22 de agosto de 2002, que confere certificados de honra ao mérito às instituições de saúde e de ensino que se destacarem em campanhas para o controle do tabagismo.

Já a Medida Provisória n.º 2.190-34, de 23 de agosto de 2001, alterando a Lei n.º 9.294/96 (art. 3º, §3º), estabelece que o material de propaganda e as embalagens de

¹³ Art. 3º As mensagens de advertência mencionadas no artigo anterior deverão ser exibidas na parte inferior do vídeo, com letras na cor branca, no padrão Arial Bold corpo 26, sobre fundo preto opaco ou com pelo menos 60% de opacidade, e devendo estar acompanhadas da logomarca e do número do serviço Disque Pare de Fumar.

§1º A imagem contendo a logomarca e o número do serviço Disque Pare de Fumar está disponível na página da ANVISA, www.anvisa.gov.br, devendo ser utilizada a imagem com fundo preto, mantendo todas as suas características gráficas durante a exibição.

§2º A imagem do serviço Disque Pare de Fumar deverá ser exibida na parte inferior direita do vídeo, de forma constante durante toda a exibição da mensagem, devendo ocupar 20% da altura total da tela.

produtos fumígenos derivados do tabaco, exceto as destinadas à exportação, devam conter advertências acompanhadas de imagens que ilustrem o seu sentido. Também a Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária n.º 335, de 21 de novembro de 2003, revogando as Resoluções da ANVISA n.º 104/01 e 14/03, dispôs sobre a inserção de novas advertências, acompanhadas de imagens, nas embalagens e no material de propaganda dos produtos fumígenos derivados do tabaco. Essa Resolução determina a impressão da seguinte informação nas embalagens de cigarros: *"Este produto contém mais de 4.700 substâncias tóxicas, e nicotina que causa dependência física ou psíquica. Não existem níveis seguros para consumo destas substâncias"*.

Por meio da Portaria Interministerial n.º 1.034, de 31 de maio de 2004, formou-se um grupo de trabalho, no âmbito da Secretaria de Educação a Distância, com a finalidade de promover a inserção do tema “controle do tabagismo” no recurso didático do ensino à distância, promovido pelo Programa TV Escola.

A Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária n.º 199, de 24 de julho de 2003, contém informação sobre o serviço *Disque Pare de Fumar*.¹⁴ Mas o logo e o telefone do serviço *Disque Pare de Fumar*, impressos na propaganda e nas embalagens dos produtos derivados do tabaco, foram substituídos pelo logo e telefone do serviço *Disque Saúde* (0800-61-1997), nos termos da Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária n.º 10, de 15 de fevereiro de 2007.

¹⁴ Art. 3º As mensagens de advertência mencionadas no artigo anterior deverão ser exibidas na parte inferior do vídeo, com letras na cor branca, no padrão Arial Bold corpo 26, sobre fundo preto opaco ou com pelo menos 60% de opacidade, e devendo estar acompanhadas da logomarca e do número do serviço Disque Pare de Fumar.

§1º A imagem contendo a logomarca e o número do serviço Disque Pare de Fumar está disponível na página da ANVISA, www.anvisa.gov.br, devendo ser utilizada a imagem com fundo preto, mantendo todas as suas características gráficas durante a exibição.

§2º A imagem do serviço Disque Pare de Fumar deverá ser exibida na parte inferior direita do vídeo, de forma constante durante toda a exibição da mensagem, devendo ocupar 20% da altura total da tela.

3.7 Controle e fiscalização dos produtos derivados do tabaco

É a Lei n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, criando o órgão responsável pela regulamentação, controle e fiscalização dos cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco: a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

A propósito, a Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária n.º 46, de 28 de março de 2001, estabelece os teores máximos permitidos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono presentes na corrente primária da fumaça dos cigarros comercializados no País: no máximo 10 mg/cig, 1 mg/cig e 10 mg/cig. Também proíbe a utilização, em embalagens ou material publicitário, de descritores, tais como, *classes, ultra baixos teores, baixos teores, suave, light, soft, leve, teores moderados, altos teores*, e outros que possam induzir o consumidor a erro no que tange aos teores contidos nos cigarros.

Em outro giro, a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n.º 95 (28 de novembro de 2001), estabelece diversas normas para os selos de controle a que estão sujeitos os cigarros, determinando que a exportação de cigarros deverá ser feita pelo estabelecimento industrial diretamente para o importador no exterior e que os selos de legitimidade duvidosa passarão por um exame mais rigoroso.

Consta na Lei n.º 11.488, de 15 de junho de 2007, a obrigação de os fabricantes de cigarros instalarem equipamentos contadores de produção e que permitam o controle e rastreamento dos produtos em todo o território nacional, possibilitando a identificação da origem do produto e reprimindo a produção e importação ilegais, bem como a comercialização de contrafações.

Grande deve ser o cuidado ao se examinar a Resolução - RDC da Agência Nacional de Vigilância Sanitária nº 90, de 27 de dezembro de 2007, que dispõe não só sobre o registro de dados cadastrais dos produtos fumígenos derivados do tabaco, mas também define tais produtos, nestes termos:

Art. 2º Para efeitos desta Resolução, entende-se por:

I - *Produto Fumígeno*: produto manufaturado derivado do tabaco ou não, que utilize folhas ou extratos de folhas ou outras partes de plantas em sua composição, destinado a ser fumado, mascado ou inalado;

II - *Produto derivado do tabaco*: qualquer produto manufaturado para o consumo que utilize em sua composição folhas de tabaco, destinado a ser fumado, inalado ou mascado, ainda que seja parcialmente constituído por tabaco;

III - *Produto*: resultado da transformação de matéria-prima em material de valor econômico agregado comercializável; [grifos nossos]

No que diz respeito às sanções, é de se observar a citada Lei n.º 10.167 de 2000, que dá nova redação ao art. 9º, V da Lei n.º 9.294/96, definindo a multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), aplicada conforme a capacidade econômica do infrator, para o caso de descumprimento da lei. Por fim, a Lei n.º 10.637, de 30 de dezembro de 2002, majora o valor das penalidades com relação aos selos que estiverem em desconformidade com as normas estabelecidas pela Secretaria da Receita Federal.

3.8 Convenção-Quadro e outros compromissos para o controle do tabaco

Através da Resolução WHA 52.18, a 52ª Assembléia Mundial de Saúde, em maio de 1999, estabeleceu um órgão de negociação aberto aos Estados Membros da Organização Mundial de Saúde para implementar uma coalizão mundial – denominada

de Convenção Quadro para o Controle do Tabaco (*Framework Convention on Tobacco Control*) – para o controle do tabagismo.¹⁵ Cuida-se, a bem ver, de um verdadeiro Tratado Internacional versando sobre a Saúde Pública mundial.

Inicialmente, por meio do Decreto no 3.136, de 13 de agosto de 1999, criou-se, no Brasil, a Comissão Nacional¹⁶ para preparação da participação brasileira nas negociações internacionais com vistas à elaboração de uma Convenção-Quadro sobre controle do uso de tabaco e possíveis Protocolos Complementares (art. 1º). Posteriormente, o Decreto (sem numeração) de 1º de agosto de 2003, com objetivos ampliados (art. 2º) e mais representantes dos Ministérios (art.3º),¹⁷ consolidou a equipe da Comissão Nacional para Implementação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco. Felizmente, o Decreto n.º 1.012, 28 de outubro de 2005, aprovou o texto da Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, assinada pelo Brasil, em 16 de junho de 2003 e, em sequência, o Decreto nº 5.658, de 2 de janeiro de 2006, promulgou a Convenção-Quadro sobre Controle do Tabaco, adotada pelos países membros da Organização Mundial de Saúde em 21 de maio de 2003 e assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003. No art. 3º resta evidente o objetivo humanitário da Convenção:

¹⁵ JOSÉ ROSEMBERG, *Nicotina: droga universal*, p. 164 (disponível em: <http://www.inca.gov.br/tabagismo/publicacoes/nicotina.pdf>, acessado em 31 de janeiro de 2010).

¹⁶ Art. 3º. A Comissão Nacional será presidida pelo Ministro de Estado da Saúde e integrada por representantes dos seguintes órgãos: I - Ministério das Relações Exteriores; II - Ministério da Fazenda; III - Ministério da Agricultura e do Abastecimento; IV - Ministério da Justiça; V - Ministério da Educação; VI - Ministério do Trabalho e Emprego; VII - Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; VIII - Ministério do Desenvolvimento Agrário. (Inciso incluído pelo Decreto nº 4.001, de 6.11.2001).

Parágrafo único. Os membros serão designados pelo Presidente da Comissão, mediante indicação do órgão representado.

Art. 4º O Instituto Nacional de Câncer do Ministério da Saúde atuará como Secretaria-Executiva da Comissão.

¹⁷ Art. 3º A Comissão Nacional será presidida pelo Ministro de Estado da Saúde e integrada por um representante de cada Ministério a seguir indicado: I - da Saúde; II - das Relações Exteriores; III - da Fazenda; IV - da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; V - da Justiça; VI - da Educação; VII - do Trabalho e Emprego; VIII - do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; IX - do Desenvolvimento Agrário; X - das Comunicações, e XI - do Meio Ambiente.

“O objetivo da presente Convenção e de seus protocolos é proteger as gerações presentes e futuras das devastadoras conseqüências sanitárias, sociais, ambientais e econômicas geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco, proporcionando uma referência para as medidas de controle do tabaco, a serem implementadas pelas Partes nos níveis nacional, regional e internacional, a fim de reduzir de maneira contínua e substancial a prevalência do consumo e a exposição à fumaça do tabaco.”

Outro dispositivo importante e que merece transcrição é o do art. 8º que se refere à proteção contra a exposição à fumaça do tabaco, *verbis*:

1. As Partes reconhecem que a ciência demonstrou de maneira inequívoca que *a exposição à fumaça do tabaco causa morte, doença e incapacidade.*[grifos nossos]
2. Cada Parte adotará e aplicará, em áreas de sua jurisdição nacional existente, e conforme determine a legislação nacional, medidas legislativas, executivas, administrativas e/ou outras medidas eficazes de proteção contra a exposição à fumaça do tabaco em locais fechados de trabalho, meios de transporte público, lugares públicos fechados e, se for o caso, outros lugares públicos, e promoverá ativamente a adoção e aplicação dessas medidas em outros níveis jurisdicionais.

Aqui há o reconhecimento, pelo Estado Brasileiro, de que hánexo causal entre a exposição à fumaça do tabaco e a morte, doença e incapacidade.

Além da Convenção-Quadro, deve-se atentar para o fato de o Estado brasileiro possuir uma Política Nacional de Atenção Oncológica (Portaria do Ministério da Saúde n.º 2.439, de 08 de dezembro de 2005), já que o tabagismo é fator de risco para o desenvolvimento de câncer. Por seu lado, a Portaria do Ministério da Saúde n.º 399, de 22 de fevereiro de 2006, divulga o Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS e estabelece como uma de suas metas o combate ao tabagismo.

Por fim, a Portaria do Ministério da Saúde n.º 687, de 30 de março de 2006, aprova a Política de Promoção da Saúde. No item referente à “prevenção e controle do

tabagismo”, pretende-se a sistematização de ações educativas e a mobilização de ações legislativas e econômicas, de forma que seja criado um contexto que: a) reduza a aceitação social do tabagismo; b) reduza os estímulos para que os jovens comecem a fumar e os que dificultam os fumantes a deixarem de fumar; c) proteja a população dos riscos da exposição à poluição tabagística ambiental; d) reduza o acesso aos derivados do tabaco; e) aumente o acesso dos fumantes ao apoio para cessação de fumar.

3.9 Direcionamento de recursos públicos para desestimular a cultura do tabaco

No passado não havia qualquer tipo de controle para o financiamento público dos produtos derivados do Tabaco. Como o combate ao tabagismo faz parte agora da política estatal, fica sem sentido qualquer tipo de financiamento público à cultura do tabaco. De qualquer modo, a Resolução do Banco Central do Brasil n.º 2.833, de 25 de abril de 2001, possui vedação expressa para a concessão de crédito público relacionado com a produção de fumo.¹⁸

A Portaria do Ministério da Saúde n.º 2.608, de 28 de dezembro de 2005, direciona recursos financeiros do Teto Financeiro de Vigilância em Saúde, para incentivar a estruturação de ações de Vigilância e Prevenção de Controle de Doenças e Agravos Não-Transmissíveis, dentre as quais o fomento a ambientes livres do tabaco, por parte das Secretarias Estaduais e Secretarias Municipais de Saúde das capitais. Os valores são calculados conforme o porte populacional dos Estados e das capitais.

¹⁸ Art. 1º. (...) na regulamentação do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF): I - fica vedada a concessão de crédito relacionado com a produção de fumo, em regime de parceria ou integração com indústrias fumageiras, ao amparo de recursos equalizados pelo Tesouro Nacional.

3.10 Tributação de produtos derivados do tabaco

O Decreto n.º 2.876, de 14 de dezembro de 1998, determina que os cigarros, quando exportados para a América do Sul e América Central, inclusive Caribe, ficam sujeitos à incidência do imposto de exportação à alíquota de 150%.

Por meio da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n.º 396, de 06 de fevereiro de 2004, foi aprovado o Programa Gerador da Declaração Especial de Informações Fiscais relativas à tributação dos cigarros (DIF – Cigarros). Esse Programa permite à Receita Federal um maior controle das empresas instaladas ou em fase de instalação no país, no que se refere ao registro, à distribuição, exportação e importação de cigarros, bem como à arrecadação tributária.

As alíquotas de incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) chegam até 330% sobre os cigarros por força do Decreto n.º 6.006, de 28 de dezembro de 2006, que sofreu alterações através do Decreto n.º 6.072, de 03 de abril de 2007. Este último diploma legal é regulado pela Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n.º 753, de 10 de julho de 2007.

Diante de alíquotas que chegam a 330%, pode até parecer que o Brasil possui uma política tributária destinada ao desestímulo do consumo de produtos fumígenos. No entanto, se for lançado um olhar para a Europa ocidental, ver-se-á que a tributação do produto não é capaz de desestimular o consumo, já que o preço final do produto aqui é muito inferior ao do produto europeu.¹⁹ Por isso, há certa dose de razão à assertiva de TERESA ANCONA LOPEZ, quando afirma que “a incoerência governamental é total.

¹⁹ No sentido do texto: AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA, *Direito de [não] fumar: uma abordagem humanista*, p. 155.

De um lado, reprime o fumo e tenta acabar com o seu hábito, de outro lado lucra com a farta arrecadação de impostos, que somados chegam a 74% em cada maço”.²⁰

4. Sobre a cultura de consumo de produtos derivados do tabaco e seus mitos

As razões que podem levar alguém a começar a fumar são variadas: a rede social, a influência dos pais, uma aposta, a facilidade de acesso etc. Pode-se dizer, também, que existem alguns mitos que contribuem para o desenvolvimento da cultura do tabaco, quais sejam: a) fumar faz bem para a saúde física e psíquica (mito social); 2) fumar gera riquezas (mito econômico); 3) fumar é expressão de liberdade (mito político); 4) inexistente nexo causal entre o ato de fumar e o dano associado ao tabaco (mito jurídico).²¹

4.1 Mito social

O primeiro grande mito criado pela indústria do tabaco é que fumar faria bem para a saúde física e psíquica. No que diz respeito à *saúde física*, a Europa já se interessava, no séc. XVII, pelo estudo medicinal do tabaco brasileiro, atribuindo-lhe a capacidade de matar piolhos e vermes, fortalecer o estômago, curar problemas de pele, asma, reumatismo e pelo menos outras cinquenta doenças.²² Entretanto, paulatinamente, a ciência cuidou de desmistificar essas crenças.

²⁰ *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: e experiência brasileira do tabaco*, p. 64.

²¹ Neste sentido: AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA, *Direito de [não] fumar: uma abordagem humanista*, p. 44 e ss.

²² AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA, *Direito de [não] fumar: uma abordagem humanista*, p. 54/55.

Mas ainda no século XX consolidou-se a idéia de que o cigarro traria benefícios para a *saúde psíquica*, porque seria capaz de acalmar pessoas agitadas ou pressionadas pela correria do mundo moderno.²³ Tal idéia foi muito explorada pela propaganda no século XX. Não se pode negar a existência de uma sensação de bem-estar causada pela nicotina, ainda que seja efêmera. Com efeito, a nicotina aspirada chega ao cérebro em poucos segundos e uma sensação de alegria e prazer ocorre pela liberação do neurotransmissor “dopamina”. Em poucos minutos o prazer termina e exige mais droga para que a sensação seja repetida. Paralelamente, há a liberação do neurotransmissor “norepinefrina”, que promove o aumento do estado de alerta e da concentração. Estes benefícios temporários tornam-se perversos ao longo do tempo, porque ensejam um mal-estar crônico: falta de ar, tosse, pigarro, facilidade para contrair doenças, perda do olfato e paladar, mau hálito etc.

4.2 Mito econômico

No cenário econômico brasileiro o tabaco sempre ocupou um lugar de destaque. A força do tabaco é registrada no brasão das Armas Nacionais, desde 1889, contendo, ainda, previsão legal no art. 8º, III da Lei 5.700 de 1971.²⁴ Isto se deve ao fato de o Brasil há muito ser um dos líderes na exportação do produto, chegando a produzir 600 mil toneladas por safra.

A cidade gaúcha Santa Cruz do Sul, fundada em 1850, encontra desde os primeiros anos do séc. XX a sua principal fonte de renda na produção de produtos

²³ AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA, *Direito de [não] fumar: uma abordagem humanista*, p. 56.

²⁴ Art. 8º A feitura das Armas Nacionais deve obedecer à proporção de 15 (quinze) de altura por 14 (quatorze) de largura, e atender às seguintes disposições: (...) III - O todo brocante sôbre uma espada, em pala, empunhada de ouro, guardas de blau, salvo a parte do centro, que é de goles e contendo uma estrêla de prata, figurará sôbre uma coroa formada de um ramo de café frutificado, à destra, e de outro de fumo florido, à sinistra, ambos da própria côr, atados de blau, ficando o conjunto sôbre um resplendor de ouro, cujos contornos formam uma estrêla de 20 (vinte) pontas.

fumígenos, a ponto de lhe ser outorgado o título de “capital mundial do fumo”. Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda, soube converter o tabaco em uma das principais fontes de arrecadação tributária a partir da criação do Imposto sobre o Consumo.²⁵ Outro Ministro da Fazenda, Delfim Netto, chegou a afirmar que “se o brasileiro parar de fumar o país quebra”.²⁶

De acordo com o portal da Associação dos Fumicultores do Brasil (AFUBRA),²⁷ 960.000 empregos diretos (lavoura e indústria) e 1.440.000 empregos indiretos são gerados pelo setor fumageiro.

De fato, é difícil negar a importância econômica do tabaco, mas isto não quer dizer que a economia brasileira seja dependente do tabaco. Ademais, em tempos de crise econômica nunca se fala do setor fumageiro. Isto pode significar que os benefícios econômicos sejam ilusórios, enquanto os custos para pessoas acometidas por doenças associadas ao tabagismo e o tratamento por vezes custeado pelo próprio Estado são bem reais. Isto sem falar do dano ambiental irreversível que não se esgota com a confecção dos produtos fumígenos, mas alcança a queima diária de trilhões de unidades liberadores de várias substâncias tóxicas no ar.

4.3 Mito político

Até hoje está disseminada a idéia de que fumar é um ato consciente de vontade que está dentro da esfera de livre-arbítrio de cada um. Para TERESA ANCONA LOPEZ,²⁸ a liberdade de fumar é um direito humano tanto quanto a liberdade de não

²⁵ AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA, *Direito de [não] fumar: uma abordagem humanista*, p. 72.

²⁶ Revista Veja, 16.04.1980, *apud* TERESA ANCONA LOPEZ, *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: e experiência brasileira do tabaco*, p. 63.

²⁷ http://www.afubra.com.br/principal.php?acao=conteudo&u_id=1&i_id=1&menus_site_id=10. (acesso em 1º de fevereiro de 2010).

²⁸ *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: e experiência brasileira do tabaco*, p. 15.

fumar, e é dever do Estado tutelar e tornar harmônicas essas duas liberdades quando estiverem em rota de colisão. Para a autora,²⁹ no entanto, deve-se evitar a todo custo o “higienismo estatal”, isto é, permitir que o Estado se intrometa na vida privada das pessoas, ocupando o lugar da família, formando uma sociedade de eternas crianças.

Recorde-se, em primeiro lugar, que a prática do tabagismo é um vício causado pela dependência da nicotina. Estudos demonstram que a primeira tragada do fumante ocorre não na fase adulta e sim quando adolescente.

Em segundo lugar, há o fator genético. Estudos indicam que 90% dos fumantes são fisiologicamente dependentes da nicotina, enquanto 50% dos usuários de heroína apresentam esta predisposição genética e apenas 10% dos consumidores de álcool possuem dependência fisiológica.³⁰

É simplesmente impossível que a pessoa que decide experimentar o cigarro pela primeira vez esteja ciente de todos os malefícios que pode vir a desenvolver, sem falar dos danos que pode provocar ao meio ambiente e à saúde de terceiros.³¹

4.4 Mito jurídico

Certamente um dos maiores óbices para que pessoas acometidas por doenças relacionadas ao tabaco possam pleitear algum tipo de indenização é o argumento da *falta de nexo de causalidade*. Todavia, a maioria dos autores restringe o exame do nexo causal ao aspecto fático do ato de fumar e a doença adquirida. Diferentemente, TERESA ANCONA LOPEZ³² apresenta a distinção entre *causalidade natural* e *causalidade jurídica*, e dedica um trabalho inteiro aos aspectos jurídicos do nexos de

²⁹ *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: e experiência brasileira do tabaco*, p. 16/17.

³⁰ AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA, *Direito de [não] fumar: uma abordagem humanista*, p. 105.

³¹ Cf. AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA, *Direito de [não] fumar: uma abordagem humanista*, p. 108/115.

³² *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: e experiência brasileira do tabaco*, p. 22 e ss.

causalidade. Nesta linha, a autora conclui que não há formação do nexos de causalidade: entre os possíveis danos do cigarro e a falta de conhecimento do fumante quanto aos males do fumo, porque não há defeito de informação sobre os riscos à saúde,³³ e a publicidade não é enganosa ou abusiva.³⁴ Entende a autora estar excluída a possibilidade de indenização ao fumante pelo fato de ser o cigarro um produto perigoso, e não defeituoso,³⁵ e a vítima submeter-se, conscientemente, a um risco evitável.³⁶

Embora bem fundamentado, é uma pena que o estudo acima tenha praticamente ignorado a teoria da imputação objetiva na responsabilidade civil.³⁷ A teoria da imputação objetiva remonta à filosofia jurídica de HEGEL. Dela é que KARL LARENZ, no ano de 1927, colheu inspiração para publicar a obra *Teoria da imputação de Hegel e o conceito de imputação objetiva*.³⁸

Para esse autor, a imputação tem a ver com a pergunta sobre a responsabilidade que deve ser atribuída a um sujeito com a sua ação de modo que ele seja feito responsável. Nesta ordem de idéias, a imputação não é outra coisa senão a tentativa de distinguir o próprio ato de acontecimentos casuais.

Posteriormente também desenvolvida no campo do Direito Penal, atualmente, a teoria da imputação objetiva possui valor inestimável para o campo da responsabilidade civil, sobretudo no tratamento da omissão. De fato, há problemas que, conforme lição de Calixto Díaz-Regañón García-Alcalá,³⁹ “*se circunscriben al tratamiento concreto de la imputación objetiva del daño y no del nexos causal material. Para ello, es preciso*

³³ *Idem*, p. 109.

³⁴ *Idem*, p. 127/133.

³⁵ *Idem*, p. 127/133.

³⁶ *Idem*, p. 147.

³⁷ *Idem*, p. 28/29.

³⁸ *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung: ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "juristischen Kausalität."*, Leipzig, 1927.

³⁹ “Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria”, in: *Revista para el Análisis del Derecho*, 2004, n. 1, p. 20 (disponível em: http://www.indret.com/pdf/180_es.pdf - acesso em 1o de fevereiro de 2010).

distinguir cuándo estamos ante un caso de responsabilidad civil donde la conducta del demandado es positiva o identificable con una “acción” y cuándo, por el contrario, estamos ante un comportamiento omisivo o negativo”. É dizer: no caso da imputação objetiva do resultado a omissão de uma conduta no plano dos fatos pode significar a realização de um risco juridicamente não-permitido.

Basta uma rápida leitura do Código de Defesa do Consumidor para perceber que o fornecedor só poderá explorar os produtos potencialmente nocivos se respeitar o dever de informar, de forma clara, adequada, precisa e ostensiva, a respeito da nocividade, composição e periculosidade do produto (art. 9º e 31). As pesquisas indicam que o cigarro possui mais de 4.000 substâncias tóxicas e estas nunca vieram elencadas nos maços de cigarro.

Como pondera LÚCIO DELFINO, “as singelas advertências acerca dos malefícios ocasionados pelo consumo de cigarro, inseridas nos maços vendidos no Brasil, e na própria publicidade do produto, decorrem de previsão legal, mais especificamente, advém do dever do Estado de adotar medidas com a finalidade de preservar a saúde da comunidade, como também da obrigação de conscientizar a população sobre os agravos à saúde gerados pelo consumo de tabaco e seus derivados. Essas advertências não eximem as empresas fumígenas de seu dever de informar.”⁴⁰

É neste contexto que a conduta omitida (dever de informar de forma clara, adequada, precisa e ostensiva, a respeito da nocividade, composição e periculosidade do produto) caracteriza a criação de um risco não permitido e fundamenta a imputação objetiva do dever de indenizar. É o que basta para desmistificar o mito da falta de nexo causal. O Direito não pode trabalhar com mitos. Ademais, a relação consumerista baseia-se na boa-fé objetiva, o que por certo não ocorre para a hipótese em que o

⁴⁰ *Responsabilidade Civil e Tabagismo no Código de Defesa do Consumidor*, p. 116/117. Consulte-se, também, CARLOS ALEXANDRE MORAES, *Responsabilidade civil das empresas tabagistas*, p. 165.

fornecedor omite, propositalmente, informações relevantes sobre a nocividade de seu produto.

A seguir, examinar-se-á os outros argumentos jurídicos que fragilizam a tutela efetiva do consumidor de tabaco.

5. Tutela judicial do consumidor do tabaco

A Aliança de Controle do Tabagismo, sob a coordenação de CLARISSA MENEZES HOMSI, pesquisou como os tribunais pátrios têm se comportado diante de ações indenizatórias contra a indústria do tabaco. Nesta pesquisa foram analisadas 66 decisões dos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Espírito Santo e Distrito Federal, sendo que apenas 3 eram ações coletivas.⁴¹ No que diz respeito às ações individuais pesquisadas, mais de 60% foram promovidas por fumantes, pouco mais de 30% por “familiares de fumante falecido (cônjuge, filhos, pais)” e curiosamente uma ação foi proposta por um fumicultor que alegou ter tido problemas de saúde decorrentes de sua atividade.⁴² Os problemas de

⁴¹ *A Indústria do Tabaco no Poder Judiciário*, p. 11. Em uma delas o **Ministério Público/DF** pleiteou que a indústria fosse obrigada a fazer contra-propaganda, além do pagamento em danos morais difusos. Apesar do reconhecimento de publicidade abusiva e enganosa, em grau de recurso foi negado o pedido quanto a obrigatoriedade de contra-propaganda e reduzido o valor dos danos morais de R\$ 14.000.000,00 para R\$ 4.000.000,00. Em outra ação coletiva a **Associação dos Consumidores Explorados do Distrito Federal (Acode)** pleiteou que a empresa de cigarro abstinhasse de produzir e/ou comercializar cigarros no território nacional. Tendo sido considerado pedido impossível por entender o Judiciário que apenas o Estado poderia definir os produtos a serem fabricados ou comercializados, a ação foi extinta sem julgamento de mérito, tendo sido a decisão confirmada pelo TJDF. Por fim, em São Paulo a **Associação de Defesa da Saúde do Fumante (ADESF)** propôs ação coletiva com pedido de “danos morais e materiais aos fumantes prejudicados pelo uso do cigarro, bem como para que as empresas adêquiem suas embalagens e publicidade nos termos da legislação consumerista”. Apesar de em primeira instância ter sido julgado procedente o pedido, até o dia 01/02/2010 o mérito ainda não havia sido julgado pelo Tribunal de Justiça (processo n. 387.231-5/6-00).

⁴² CLARISSA MENEZES HOMSI (coord.). *A Indústria do Tabaco no Poder Judiciário*, p. 11/12.

saúde mais citados nas ações individuais são: doença pulmonar; câncer; doenças vasculares, até mesmo com amputação e doença psiquiátrica.⁴³

Pode-se dizer que, no Brasil, a tutela judicial do consumidor de tabaco deixa a desejar, porque, em regra, tem sido acolhida a linha de argumentação dos advogados que trabalham para a indústria do tabaco.⁴⁴ Em síntese apertada, alega-se contra a pretensão dos consumidores de tabaco que: a) a *produção e comercialização* de cigarros não só é lícita, mas amplamente regulamentada e todos os atos da Souza Cruz estão de acordo com o que dispõe a Constituição (art. 220, §4º), o Código de Defesa do Consumidor e os regulamentos da Anvisa; b) a *propaganda* do cigarro não é enganosa ou abusiva; c) O cigarro não é um produto defeituoso, mas um *produto de periculosidade inerente*; d) os riscos associados ao consumo de cigarros são de conhecimento dos consumidores há várias décadas; e) não há como estabelecer o *nexo causal* entre o ato de fumar e “doenças multifatoriais” (diversos fatores de risco são concorrentes), mormente pelo fato de que a associação dessas doenças ao tabaco é meramente estatística, não levando em consideração o indivíduo isolado; f) ao consumidor deve ser imputada *culpa exclusiva*, porque fumar é uma opção que envolve riscos conhecidos e nada impede que o fumante decida parar de fumar a qualquer tempo, já que a nicotina é incapaz de intoxicar o consumidor a ponto de afetar a sua autodeterminação.⁴⁵

Algumas considerações devem ser feitas no que diz respeito aos argumentos acima apresentados.

⁴³ CLARISSA MENEZES HOMSI (coord.). *A Indústria do Tabaco no Poder Judiciário*, p. 14

⁴⁴ Veja-se, no entanto, sentença de procedência favorável à pretensão indenizatória por dano moral contra a indústria tabagista da lavra do juiz MAURO CAUM GONÇALVES, Ação de indenização por danos morais contra a indústria tabagista, Revista de Direito do Consumidor, vol. 66, p. 353/366.

⁴⁵ Cf. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, “A causalidade nas ações indenizatórias por danos atribuídos ao consumo de cigarros” [Parecer], in: *Estudos e pareceres sobre o livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*, p. 240/241.

5.1 Licitude da atividade de comercializar cigarros

Ninguém nega que a comercialização do cigarro no Brasil seja lícita. Mas será que seria possível banir, isto é, proibir a compra e venda do tabaco em todo território brasileiro? Uma resposta para esta pergunta não é encontrada na Constituição, mas é possível chegar à conclusão que um juiz não poderia proibir o comércio do cigarro, mas o legislador ordinário sim.

Um dos autores mais respeitados na Alemanha, Robert Alexy, parte da idéia de que a Constituição, em sua dimensão objetiva, pode decidir sobre muitas questões, mas pode deixar outras por conta da discricionariedade do legislador ordinário.⁴⁶ Isto significa que há espaços para o legislador decidir onde a disciplina constitucional permite ou silencia. Nesta linha, a compreensão dos espaços deixados pela Constituição será condição *sine qua non* para se entender o limite da interpretação constitucional da Corte Maior. Deste modo, Robert Alexy desenha espaços de discricionariedade do legislador, os quais devem ser respeitados pelos tribunais. O autor divide os espaços em estruturais e epistêmicos. Aqueles são estabelecidos pela ordem de fazer ou não fazer, extraídos do texto constitucional.⁴⁷ Assim, quando a Constituição não obriga ou proíbe, o legislador é livre para estabelecer regras (*discricionariedade estrutural*),⁴⁸ o que conduz a uma auto-contenção judicial: “Como o controle judicial-constitucional é

⁴⁶ ALEXY, Robert. “Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada”, in: *Constitucionalismo Discursivo*, p.77-78. O autor resgata o conceito de constituição a partir da classificação entre *ordenamento-quadro* (determina uma linha rígida demarcando espaços diferenciadores entre o proibido, o necessário e permitido constitucionalmente) e ordenamento fundamental. Ao buscar uma interseção entre a Constituição como ordem fundamental e a Constituição como ordem-quadro, Alexy cria uma relação de complementaridade e não de contraposição. Entretanto, este movimento só é possível, se for considerado o *ordenamento fundamental de tipo qualitativo* (e não quantitativo), do contrário, não restaria espaço para o legislador pelo fato de tudo já estar determinado pela Constituição.

⁴⁷ ALEXY. “Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada”, in: *Constitucionalismo Discursivo*, p.79.

⁴⁸ ALEXY. “Pós-fácio”, in: *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 584.

exclusivamente controle no critério da Constituição, segue forçosamente que lá, onde inicia o espaço estrutural, cada controle judicial-constitucional termina”.⁴⁹

De tal arte, extrai-se a ilação de que ao legislador é possível vedar a comercialização do tabaco no Brasil, mas jamais o juiz, ainda que este fosse provocado para tanto. Talvez seja loucura pensar hoje na proibição total do tabaco, mas esta parece ser a meta da Organização Mundial da Saúde.⁵⁰ Diga-se, aliás, que “não deixa de ser estranha a licitude de um produto que mata, nada menos, que a metade de seus consumidores diretos, acarretando, inclusive, prejuízos altíssimos aos cofres públicos.”⁵¹

5.2 Cigarro como produto de periculosidade inerente e não-defeituoso

Nos termos do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, consideram-se produtos defeituosos aqueles que apresentam “defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.”

Na lição de GUSTAVO TEPEDINO,⁵² cumpre distinguir a *periculosidade inerente* (riscos de fumar são conhecidos) de *defeito do produto* (segurança dentro dos padrões da expectativa legítima dos consumidores). Exemplifica que o ferimento provocado em um cozinheiro pela faca (perigo inerente previsível) não gera o dever de

⁴⁹ ALEXY. “Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada”, in: *Constitucionalismo Discursivo*, p.79.

⁵⁰ La OMS quiere una prohibición total del tabaco (<http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2008/pr17/es/index.html>, acesso em 30 de janeiro de 2010).

⁵¹ LÚCIO DELFINO. *Responsabilidade Civil e Tabagismo no Código de Defesa do Consumidor*, p. 107.

⁵² “Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra os fabricantes de cigarro” [Parecer], in: *Estudos e pareceres sobre o livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*, p. 196/199.

indenizar, e tampouco se poderia alegar defeito do produto de fogos de artifício com base em sua combustão.

De acordo com ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, poder-se-ia ter como defeituoso “um cigarro que não queimasse, ou que não tivesse sabor algum, ou, por ausência de qualquer dos componentes ordinariamente contidos nele, fosse incapaz de proporcionar ao fumante a sensação de prazer por ele esperada”.⁵³

Embora esses autores não toquem no tema do *defeito de informação*, ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, sustentar inexistir tal defeito, porque somente com o advento da Portaria do Ministério da Saúde n. 695, de 1º de junho de 1999, é que foi imposta a obrigação de informar que “a nicotina é droga e causa dependência”.⁵⁴

Ora, se a nicotina, de fato, motiva a dependência, tem-se aqui mais uma prova de que o ato de parar de fumar seja um comportamento que dependa apenas do livre-arbítrio do fumante (que pode ter começado a fumar na adolescência). Uma vez ausente a vontade do viciado cai por terra a tese de que haveria *culpa exclusiva do consumidor* (art. 12, III, CDC). De qualquer forma, o CDC é de clareza solar no que diz respeito à obrigação de *informar adequadamente e suficientemente* e até hoje o defeito persiste (ver item 4.4).

⁵³ “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 dos juízes” [Parecer], in: *Estudos e pareceres sobre o livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*, p. 31.

⁵⁴ “A dependência ao tabaco e a sua influência na capacidade jurídica do indivíduo. A caracterização de defeito no produto sob a ótica do CDC” [Parecer], in: *Estudos e pareceres sobre o livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*, p. 81.

5.3 Direito à informação e publicidade enganosa e abusiva

Publicidade significa tornar público. Diga-se, desde logo, que a publicidade é uma das técnicas da informação e, por esta razão, não pode desinformar.⁵⁵ No consumo de produtos derivados do tabaco há informação de todos os riscos que, aliás, são do conhecimento dos consumidores? O tema vem assim regulado no Código de Defesa do Consumidor:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.
§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.
§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Segundo FÁBIO ULHOA COELHO, “o essencial, na caracterização da publicidade enganosa, é o potencial de indução em erro que a mensagem pode apresentar, e não necessariamente a falsidade da informação transmitida.”⁵⁶ E arremata o mesmo autor: “Nenhuma lingerie é usada por mulheres feias; nenhum cigarro é consumido por doentes; nenhum produto é relacionado seriamente com o fracasso

⁵⁵ TERESA ANCONA LOPEZ, *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: e experiência brasileira do tabaco*, p. 89.

⁵⁶ “Análise da licitude da publicidade de cigarros à luz do Código de Defesa do Consumidor” [Parecer], in: *Estudos e pareceres sobre o livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*, p. 163.

peçoal ou profissional. Apenas nos anúncios de formato bastante simples não se vislumbra qualquer apelo fantasioso”.⁵⁷

Isto parece contrariar, todavia, a redação do § 1º do art. 37 que se refere à informação ou comunicação “inteira ou parcialmente falsa”. Uma coisa é informar fornecendo dados verdadeiros, reconhecidos pela ciência; outra, bem diferente, é criar informações fantasiosas no campo científico. Seria inteiramente falsa, por exemplo, a informação de que fumar melhora o desempenho físico de um atleta. Diga-se, aliás, que o art. 66 do CDC tipifica a afirmação falsa ou enganosa como infração penal e isto nada tem a ver com apelo fantasioso.⁵⁸

A conclusão que se chega é que a publicidade do cigarro é enganosa por omissão. Realmente, quais são os dados que precisam ser informados do cigarro? Alguns juristas sustentam que os males provocados pelo fumo já estão presentes na consciência da coletividade ou na cultura popular.⁵⁹ Chegam praticamente a dizer que todos nascem sabendo. Esquecem que os principais consumidores atingidos são *hipervulneráveis*, porque são crianças e adolescentes.

Ademais, o caráter abusivo resta patente na medida em que a publicidade do cigarro faz a apologia de um produto que acarreta danos ao consumidor, aproveitando-se da carência de informações dos jovens que são atraídos pelos efeitos perversos da publicidade com a promessa de auto-afirmação para uma vida adulta.⁶⁰

⁵⁷ “Análise da licitude da publicidade de cigarros à luz do Código de Defesa do Consumidor” [Parecer], in: *Estudos e pareceres sobre o livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*, p. 165.

⁵⁸ No sentido do texto: LÚCIO DELFINO. *Responsabilidade Civil e Tabagismo no Código de Defesa do Consumidor*, p. 107.

⁵⁹ Assim, por exemplo, ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, “A dependência ao tabaco e a sua influência na capacidade jurídica do indivíduo. A caracterização de defeito no produto sob a ótica do CDC” [Parecer], in: *Estudos e pareceres sobre o livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*, p. 82.

⁶⁰ LÚCIO DELFINO. *Responsabilidade Civil e Tabagismo no Código de Defesa do Consumidor*, p. 138/139.

Ainda no que diz respeito à propaganda do tabaco, estabelece o §4º do art. 220 da Constituição brasileira de 1988, *verbis*:

§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.

Reclama TERESA ANCONA LOPEZ⁶¹ da constitucionalidade da Lei 10.167/2000, pois a Lei Fundamental menciona a palavra “restrição” e não “abolição” da publicidade. Parece que a autora não atentou para o fato de que a restrição pode ser total ou parcial. No primeiro caso a restrição pode perfeitamente ser igualada a uma verdadeira abolição, mormente se for pra proteger valores constitucionais como a saúde da coletividade.

Merece registro o fato de a Confederação Nacional da Indústria ter ajuizado Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI n. 3311)⁶² perante o Supremo Tribunal Federal para atacar a legislação que veda a publicidade de cigarros nos veículos de comunicação de massa e determina a inclusão das advertências constantes nos maços. A Aliança de Controle do Tabagismo foi admitida na ação como *amicus curiae* e defendeu a manutenção da lei.

No plano internacional, vale conferir a decisão da Suprema Corte Norte-Americana sobre a enganiosidade dos cigarros de baixos teores (light),⁶³ bem como a

⁶¹ *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: e experiência brasileira do tabaco*, p. 63. Na mesma linha da autora: CLÉMERSON MERLIN CLÈVE, “Proscrição de propaganda comercial do tabaco nos meios de comunicação de massa, regime constitucional da liberdade de conformação legislativa e limites da atividade normativa de restrição a direitos fundamentais”, in: *Revista Forense*, vol. 382, p. 209/257.

⁶² <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3311&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> (acesso em 1º de fevereiro de 2010).

⁶³ http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/210_supremacorteEUAcigarroslight.pdf (acesso em 1º de fevereiro de 2010). Veja-se, a propósito: http://new.paho.org/hq/index.php?option=com_content&task=view&id=1372&Itemid=1232 (acesso em 1º de fevereiro de 2010).

decisão da Suprema Corte do Canadá sobre a proibição de publicidade de produtos derivados de tabaco.⁶⁴

5.4 Nexo causal entre o ato de fumar e “doenças multifatoriais”

Vencido o problema do nexo causal em sua faceta jurídica (item 4.4), resta ainda enfrentar o tema em seu *aspecto fático*. Isto porque vários juristas sustentam ser “indispensável a prova inequívoca da relação de causalidade entre o ato de fumar e a doença invocada, sendo insuficiente, para o caso concreto, a associação estatística e genérica, para fins epidemiológicos, da doença com o consumo de cigarros”.⁶⁵

É absolutamente curiosa essa exigência de *prova impossível* para o consumidor do tabaco. Todos sabem que o fumo provoca diversos males à saúde e que existe um rol de doenças associadas ao consumo do tabaco. Esses juristas esquecem, no entanto, que também a Medicina é uma ciência de probabilidades. Assim, o médico, ao tratar de um paciente, vai eliminando possibilidades para se aproximar da certeza.

De qualquer forma, o nexo de causalidade não pode mais ser ignorado. Com efeito, há o reconhecimento pelo Estado brasileiro, nos termos do art. 8º da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, que “a ciência demonstrou de maneira inequívoca que *a exposição à fumaça do tabaco causa morte, doença e incapacidade. [grifos nossos]*”.

De tal arte, basta o consumidor provar que é fumante e possuir alguma enfermidade ou evento danoso relacionado ao tabaco para fazer jus à reparação do dano.

⁶⁴ http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/178_CanadaSupremaCorte2007publicidade.pdf (acesso em 1o de fevereiro de 2010).

⁶⁵ Cf. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, “A causalidade nas ações indenizatórias por danos atribuídos ao consumo de cigarros” [Parecer], in: *Estudos e pareceres sobre o livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*, p. 251.

5.5 Situação jurídica do fumante passivo: consumidor por equiparação

Fumante passivo é todo aquele que não tem o vício de fumar, mas é obrigado a suportar o convívio com os fumantes, inalando diariamente a fumaça tóxica do cigarro. O Código de Defesa do Consumidor autoriza a interpretação de que os fumantes passivos sejam *consumidores por equiparação*, porque dispõe seu art. 17 que: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”⁶⁶

Pode haver certa dificuldade na identificação do responsável pela reparação. Nada impediria, por exemplo, que uma pessoa, que acaba de completar dezoito anos, ajuíze uma ação em face de seu padrasto, em razão da exposição que teve durante grande parte de sua vida às substâncias tóxicas próprias do cigarro. Parece não haver necessidade sequer de aquisição de uma enfermidade específica, já que a moderna teoria da responsabilidade civil separa o ilícito do dano.⁶⁷ Isso porque é possível existir dano sem ato ilícito (ex.: estado de necessidade e legítima defesa) assim como ato ilícito sem dano (ex.: apreensão de produtos nocivos à saúde). Na busca de uma tutela judicial efetiva, a prevenção ou remoção do ato ilícito pode ser até mais importante que a reparação do dano.⁶⁸

⁶⁶ Neste sentido: LÚCIO DELFINO. *Responsabilidade Civil e Tabagismo no Código de Defesa do Consumidor*, p. 74/75.

⁶⁷ LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela Específica*, p. 15-29.

⁶⁸ LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela Específica*, p. 23.

6. Conclusões

Este trabalho pretendeu responder: a) que relação existe entre o controle do tabaco e os direitos fundamentais; b) quais são as políticas públicas de controle do tabaco; c) como é realizada a tutela judicial do consumidor do tabaco.

Não há dúvida que o tema do fumo envolve o *direito à liberdade* (direito fundamental de primeira geração), o *direito à saúde* (direito fundamental de segunda geração) e o *direito a um meio ambiente saudável e equilibrado* (direito fundamental de terceira geração).

É possível conhecer as políticas públicas desenvolvidas pelo governo através da legislação referente ao tabaco, que é consideravelmente extensa. Didaticamente, podem-se dividir em dez grupos as políticas públicas de controle do tabaco, indicando a legislação respectiva: I. Definição de ambientes em que o fumo é proibido; II. Restrição de venda de produtos derivados do tabaco; III. Proteção de menores; IV. Tratamento e apoio ao fumante; V. Limitação da publicidade e patrocínio dos produtos derivados do tabaco; VI. Ações de conscientização da população; VII. Controle e fiscalização dos produtos derivados do tabaco; VIII. Convenção-Quadro e outros compromissos para o controle do tabaco; IX. Direcionamento de recursos públicos para desestimular a cultura do tabaco; X. Tributação de produtos derivados do tabaco.

Pode-se dizer que, no Brasil, a tutela judicial do consumidor de tabaco, ressalvadas algumas decisões isoladas, deixa a desejar, porque, em regra, tem sido acolhida a linha de argumentação da indústria do tabaco, fundada em alguns mitos que habitam o imaginário social e jurídico. Procurou-se demonstrar, no entanto, que é possível oferecer argumentos jurídicos baseados nos valores humanos capazes de fundamentar uma decisão judicial favorável.

7. Referências bibliográficas

ALBANESE, Mario & MONACO, Luiz Carlos M & VICENTE, João Eduardo. “Fabricantes de cigarros. Induzimento ao consumo do produto em função de publicidade enganosa e abusiva”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 10, n.38,p. 209-230, abr./jun. 2001.

ALEXY, Robert. “Pós-fácio”, in: *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. “Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada”, in: *Constitucionalismo Discursivo*, trad. Luís Afonso Heck, 2^a Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

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

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 CDC” [Parecer], in: *Estudos e pareceres sobre o livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. “Proscrição da propaganda comercial do tabaco nos meios de comunicação de massa, regime constitucional da liberdade de conformação legislativa e limites da atividade normativa de restrição a direitos fundamentais”, in: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 101 , n.382, p. 209-257, nov./dez. 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. “Análise da licitude da publicidade de cigarros à luz do Código de Defesa do Consumidor” [Parecer], in: *Estudos e pareceres sobre o livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

DELFINO, Lucio. “O fumante e o livre-arbitrio: um polêmico tema envolvendo a responsabilidade civil das indústrias do tabaco”. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 55 , n.361,p. 63-87, nov. 2007.

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

FERRAJOLI, Luigi. *Teoria do Garantismo Penal*, Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes, São Paulo: RT, 2002.

_____. “O Direito como sistema de garantias”, in: *O novo em Direito e Política*, org. José Alcebíades de Oliveira Jr., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

FREITAS, José Quintana. “Proteção a crianças e adolescentes e a ameaça do álcool e do fumo”. *Revista do Ministério Público*. Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 1 , n.29,p. 163-167, jan./dez. 1993.

FROTA, Mario. “Do ordenamento jurídico do tabaco e dos produtos do tabaco na União Européia e seus reflexos em Portugal”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 13 , n.51,p. 258-311, jul./set. 2004.

FURTADO FABRÍCIO, Adroaldo. “Iniciativa judicial e prova documental procedente da Internet. Fatos notórios e máximas da experiência no direito probatório: a determinação processual do nexos causal e os limites do poder de instrução dos juízes” [Parecer], *in: Estudos e pareceres sobre o livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

GARCÍA-ALCALÁ, Calixto Díaz-Regañón. “Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria”, *in: Revista para el Análisis del Derecho*, 2004, n. 1, p. 20 (disponível em: http://www.indret.com/pdf/180_es.pdf - acesso em 1o de fevereiro de 2010).

GONÇALVES, Mauro Caum. “Ação de indenização por danos morais contra a indústria tabagista”, in: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho de 2008, vol. 66.

GRAU, Eros Roberto. “Comercialização de cigarros. Livre iniciativa. Princípio de proporcionalidade”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.215, p. 310-318, jan./mar. 1999.

HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). *A Indústria do Tabaco no Poder Judiciário*, in: http://actbr.org.br/uploads/conteudo/117_A-Industria-do-Tabaco-no-Poder-Judiciario.pdf (acesso em 1o de fevereiro de 2010).

KARSTEN, Jens. “Controle do tabaco na União Européia e a proibição de propaganda”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 10 , n.40,p. 7-8, out./dez. 2001.

LARENZ, Karl. *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung: ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "juristischen Kausalität."*, Leipzig, 1927.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: e experiência brasileira do tabaco*, São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. “A tutela do consumidor diante das noções de produto e serviço 'defeituosos'. A questão do tabaco”. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 56 , n.370,p. 29-40, ago. 2008.

_____. *Tutela Específica*. São Paulo: RT, 2001.

MARQUES, Claudia Lima. Violação do dever de boa-fé de informar corretamente, atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94 , n.835,p. 75-133, maio 2005.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. “Ação indenizatória. Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo.” *in: Estudos e pareceres sobre o livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MICHELON JUNIOR, Claudio Fortunato. “Comentário a jurisprudência recente sobre os danos causados pelo consumo de cigarros. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5 , n.19,p. 143-159, jul./set. 2004.

MIGLIORA, Luiz Guilherme Moraes Rego. A análise do defeito de produto e o papel da escolha consciente do consumidor. O caso do cigarro. *Revista Juridica*, Porto Alegre, v. 57 , n.378,p. 65-75, abr. 2009. *Idem* *Juris Plenum* n. 30.

MIGLIORA, Luiz Guilherme Moraes Rego & BASTOS, Felipe & FRANCA, Thomas Belitz. As ações indenizatórias movidas por fumantes contra empresas que produzem cigarros no direito comparado e brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 95, n.846, p. 30-65, abr. 2006.

MIGLIORA, Luiz Guilherme Moraes Rego *et alii*. “As ações sobre tabaco nos Estados Unidos e no Brasil: uma análise comparativa”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96 , n.862,p. 34-65, ago. 2007.

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

MOSSET ITURRASPE, Jorge. “El dano originado en el consumo de cigarrillos: su prueba”. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 10 , n.39,p. 19-31, jul./set. 2009.

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

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

ROSEMBERG, José. *Nicotina: droga universal*, s/d (disponível em: <http://www.inca.gov.br/tabagismo/publicacoes/nicotina.pdf>, acessado em 31 de janeiro de 2010).

SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm & PIRES, Melissa Areal. “Responsabilidade das empresas produtoras de cigarro”. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7 , n.28,p. 204-230, out./dez. 2004.

SIMÃO, Jose Fernando. “A experiência brasileira do tabaco. *Consulex*. Revista Juridica, Brasília, v. 12 , n.273,p. 40-41, maio 2008.

TEPEDINO, Gustavo Jose Mendes. “A causalidade nas ações de responsabilidade atribuídas ao hábito de fumar”. *in: Estudos e pareceres sobre o livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

8. Referências eletrônicas

<http://actbr.org.br> (ACTbr)

<http://www.afubra.com.br> (AFUBRA)

www.anvisa.gov.br (ANVISA)

<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/inca/portal/home> (INCA)

www.stf.jus.br/ (STF)