

RESPONSABILIDADE CIVIL DA INDÚSTRIA TABAGISTA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA

*Liability of the tobacco industry:
a critical analysis of jurisprudence*

Paulo Sérgio Romero Vicente Rodrigues¹

ÁREA: Direito civil. Responsabilidade civil.

RESUMO: Este trabalho acadêmico aborda o tema: **Responsabilidade civil da indústria tabagista: uma análise crítica da jurisprudência.** O entendimento que prevalece no Superior Tribunal de Justiça, e que influencia demais tribunais estaduais, é o de que a indústria tabagista não é civilmente responsável pelos danos sofridos pelos fumantes. Estará essa posição conforme a Constituição Federal, que estabelece o direito à saúde? Estará conforme a política de defesa do consumidor? Será mesmo que não há nexos causal entre a conduta da indústria tabagista, que conscientemente coloca no mercado um produto com drogas viciantes, e as consequências nefastas na saúde do usuário? Há julgados de tribunais estaduais que vislumbram a presença de todos os requisitos necessários para a indenização. Se, por um lado, há hierarquia entre os tribunais, no aspecto acadêmico não há, prevalece a ciência. Pretende-se confrontar os argumentos dos julgados a favor e contra e ver quais estão conforme a doutrina.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil. Indústria tabagista. Nexos causal. Jurisprudência. Crítica.

ABSTRACT: This academic work deals with the theme: **“Liability of the tobacco industry: a critical analysis of jurisprudence”**. The understand-

¹ Juiz de Direito TJSP. Doutorando em Direito civil pela USP. Mestre em Direito civil pela UNESP. Graduado em Direito pela USP. Professor de Direito Civil e Processo Civil.

ding that prevails in “Superior Tribunal de Justiça”, and that influences the other courts, is that the tobacco industry is not civilly responsible for the damage suffered by smokers. This position will be in accordance with the Federal Constitution, establishing the right to health? Does it comply with the consumer protection policy? Is there really no causal link between the conduct of the tobacco industry, which consciously puts on the market a product with addictive drugs, and the harmful consequences on the user’s health? There are judgments of state courts that see the presence of all the necessary requirements for compensation. If, on the one hand, there is hierarchy between the courts, in the academic aspect there is not, science prevails. It is intended to confront the arguments of the judges for and against and see which are in accordance with the doctrine.

KEYWORDS: Civil responsibility. Tobacco industry. Causal link. Jurisprudence. Criticism.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Análise crítica da jurisprudência. 1.1 Os julgados. 1.2 Crítica ao primeiro julgado. 1.3 Crítica ao segundo julgado. 1.4 Crítica ao terceiro julgado. 1.5 Julgados dos tribunais de justiça. 1.6 Nexo causal. 1.7 Presunção de causalidade. 1.8 Contrapropaganda: outra vitória da indústria. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda relevante tema - responsabilidade civil - com a pretensão de questionar se a jurisprudência está conforme a doutrina. Naturalmente que a reponsabilidade civil é tema amplíssimo, daí o necessário recorte: da indústria tabagista.

Dois institutos: a responsabilidade civil e a jurisprudência que vivenciaram grandes mudanças nos últimos tempos.

No Código Civil de 1916, pouco se tratou do tema porque não era algo tão presente no mundo fático, todavia, durante o último século, a matéria ganhou muito relevo, principalmente com o reconhecimento do dano moral. Cada vez mais comum, demandas em que o pedido do provimento jurisdicional principal vem acrescido de pretensão de compensação por ofensa a direitos de personalidade. Ao lado da evolução doutrinária do tema, evoluiu a jurisprudência que

era um norte, respeitado o princípio do livre convencimento do juiz, agora é uma obrigação.

Aliás, a jurisprudência é o objeto da crítica deste trabalho. Rodrigues Junior (2012) relata que, nos meios jurídicos franceses, a tradição de crítica da jurisprudência na dogmática é antiga e respeitada. Informa que, nas revistas jurídicas tradicionais, há espaço para o desenvolvimento de posições contrárias de acórdãos e de tendências pretorianas. Acrescenta que os professores e pesquisadores universitários atacam com termos fortes a jurisprudência; usar expressões como “o tribunal errou” são comuns.

Oportuno lembrar a vinculação cada vez maior dos julgados, limitando a liberdade do julgador. Talamini (2016) lembra que isso começou nos anos 60, nos pronunciamentos do STF, em controle direto de constitucionalidade, com eficácia *erga omnes*, e se sedimentou nos anos 90, com a multiplicação de instrumentos para tornar a decisão judicial obrigatória ou vinculativa. E, hoje, fala-se em precedente obrigatório, precedente vinculante.

Em se tratando da responsabilidade civil da indústria tabagista, já há julgados do Superior Tribunal de Justiça negando a indenização. Estará a jurisprudência seguindo rigorosamente os requisitos doutrinários? Prevalece no STJ o entendimento de não se responsabilizar a indústria do tabaco pelos danos causados pelos efeitos do fumo. É o que se constata dos julgamentos dos REsp 1.009.591-RS, REsp 1.113.804 e REsp 886.347-RS, todos negando indenização, por um argumento ou outro.

Lopez (2008, p.15) defende que a liberdade de fumar é um direito humano tanto quanto a liberdade de não fumar e cabe ao Estado tornar harmônicas estas duas liberdades e não praticar um higienismo estatal, de forma que não cabe ao Estado se intrometer na vida privada das pessoas, ocupando o lugar da família, formando uma sociedade de eternas crianças.

Apesar da respeitável opinião, a questão não é de individualidade, não é pessoal do fumante, é “questão de tamanha envergadura para a Saúde Pública e Defesa da Cidadania e do Consumidor” como entendeu o Des. Caetano Lagrasta Neto (Apelação Cível com Revisão, nº 349.261-4/5-00, Tribunal de Justiça-SP). Segundo Marshall Shapo (2004, p. 32), professor da Northwestern University, nos Estados Unidos a responsabilidade civil é questão de direito público disfarçada de direito privado.

Todavia, é preciso rever a jurisprudência. O custo desse entendimento é muito caro para a nação. Dados estatísticos do Instituto Nacional do Câncer, órgão vinculado ao Ministério da Saúde, mostram que, enquanto recolheu-se R\$ 13

bilhões de impostos em 2015, com o cigarro, no mesmo ano gastou-se R\$ 56,8 bilhões; sendo R\$ 39,4 bilhões com o tratamento de câncer, mais R\$ 9,9 bilhões como custos indiretos decorrentes de morte prematura, e outros R\$ 7,5 bilhões de redução ou perda da capacidade laboral dos fumantes. Mesmo que o balançete fosse economicamente favorável, está se tratando de vidas humanas e não de números.

Enquanto prevalece o entendimento de que o cigarro é um produto de periculosidade inerente, não se pode ignorar, segundo Lagrasta Neto (2008), que “o cigarro é um problema de saúde pública, inclusive devendo-se responsabilizar o Estado pelos danos causados pelo fumo, haja vista o dano social que se verifica no hábito de fumar; [...]a imposição social do fumo no passado[...]”.

Não é inoportuno lembrar que o conceito de função social tem sido inserido e ampliado em muitos institutos jurídicos (propriedade, contrato, trabalho etc.). Também comete ato ilícito o titular de um direito que excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé e pelos bons costumes (art. 187 do Código Civil). O presente trabalho pretende demonstrar a existência do excesso da indústria, seja pelo *marketing*, pela atuação agressiva no mercado, direcionamento para jovens, propagandas enganosas, manipulação da quantidade de drogas no produto, para gerar vício e consequentemente consumo. Difícil sustentar fins sociais, boa-fé e bons costumes na indústria de cigarros. O melhor que se pode é lembrar da geração de empregos, mas as consequências para a saúde pública são tão nefastas, que é difícil crer que haja mesmo vantagens sociais. Dizer “sucesso” por causa do vício é ofender grosseiramente a boa-fé. Finalmente, o cigarro tem sido objeto de exclusão da vida social, por leis restritivas de locais de fumo. A Lei Federal nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000, proibiu a publicidade de cigarros em meios eletrônicos, ficando limitada basicamente aos pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda. E a Lei Federal nº 9.294, de 15 de julho de 1996, impôs restrições aos comerciais de cigarro e ao uso em recinto coletivo fechado.

Até o ano de 2000, quando a proibição entrou em vigor, a empresa Souza Cruz já havia gasto R\$ 347.000.000,00 em propaganda, informa Ferreira (2010).

Mesmo respeitada a liberdade, a jurisprudência não está isenta de críticas do próprio Poder Judiciário. Pasqualotto (2019) vislumbra mais um capítulo dessa novela, um julgado recente do TJ-RS, que contraria a jurisprudência do STJ, num caso em que foi feita a produção de provas do nexos causal, que o Tribunal da Cidadania defendeu carecer. Diz o professor da PUC-RS que na certidão de óbito também constou como *causa mortis* o tabagismo. Ainda em vida, o finado

promoveu uma produção antecipada de prova, onde a perícia constatou que ele padecia de doença broncopulmonar obstrutiva crônica que, segundo pesquisas, 87,5% dos casos têm como causa o tabagismo. Este percentual ensejou “um juízo de séria probabilidade”, e com isso houve a condenação de 85% do dano. Outra inovação do julgado gaúcho, afirma, foi a aplicação da teoria da cota de mercado - *market share liability* - pela qual a sucumbente responderá pela participação que detinha no mercado durante o tempo em que a vítima fumou. Essa a maneira para contornar a dificuldade de provar a marca consumida pelo falecido. Outro confronto da jurisprudência foi admitir que quem se inicia no vício do cigarro aos 13 anos de idade não tem livre-arbítrio. Termina questionando se o julgado, solidamente fundamentado, terá o condão de alterar a posição da Corte Superior.

1. ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA

1.1 Os julgados

O Superior Tribunal de Justiça analisou a questão da responsabilidade civil da indústria tabagista em três oportunidades: REsp 1.009.591-RS, REsp 1.113.804-RS e REsp 886.347-RS, e, nas três, negou direito à indenização.

No REsp 1.009.591-RS, conforme Acórdão do STJ, a Terceira Turma reconheceu a prescrição quinquenal do CDC.

No REsp 1.113.804-RS, conforme Informativo de Jurisprudência nº 0432 do STJ, o falecido era tabagista desde a adolescência, em meados de 1950, e foi diagnosticado em 1998 como portador de doença broncopulmonar obstrutiva crônica e enfisema pulmonar. Após anos de tratamento, faleceu em 2001, em decorrência de adenocarcinoma pulmonar. Os familiares, esposa, filho e netos, pediram compensação por danos morais. Prevaleceu o entendimento de que quando ele começou a fumar não havia obrigação legal de advertir dos possíveis riscos a que o fumante estava se expondo. Consta que o cigarro se classifica como produto de periculosidade inerente (art. 9º, do CDC) de ser fator de risco de diversas enfermidades, mas não se revela 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 julgado diz que o artigo 220, §4ª da CF/88 chancela a comercialização do cigarro, apenas lhe restringe a propaganda. Afirma que, antes do CDC e da

Lei 9.294/96, não existia o dever jurídico da informação que determinasse à indústria do fumo conduta diversa daquela que praticara por décadas. Disse o julgador que isso já era o bastante para a improcedência da pretensão. Todavia, a se levar em conta a teoria do dano direto e imediato acolhida no direito civil brasileiro (art. 403 do CC/2002 e art. 1.060 do CC/1916), não havia prova científica da causalidade necessária, direta e exclusiva entre o tabaco e o câncer. Diz que há apenas fatores de risco entre eles, tal como outros fatores, como a alimentação, o álcool e o modo de vida sedentário ou estressante. Não sendo possível dimensionar o quanto o cigarro foi relevante para o falecimento, a proporção causal existente entre eles, não há nexos causal juridicamente satisfatório. Acrescenta o informativo que somente as estatísticas robustas não podem dar lastro à responsabilidade civil em casos concretos de morte supostamente associada ao tabagismo.

No REsp 886.347-RS, segundo o Informativo 0436 do STJ, a Quarta Turma entendeu que, diante das advertências sobre os malefícios provocados pelo fumo, estampadas de forma explícita nos maços de cigarro, a partir de 1988, o autor da ação teve livre arbítrio para escolher o hábito de fumar. E mais, o laudo pericial era conclusivo de que não se pode comprovar a relação entre o tabagismo desenvolvido pelo recorrido e o surgimento de sua enfermidade (tromboangiíte obliterante – TAO ou doença de Buerger). Assim, entendeu estar ausente o nexo causal.

1.2 Crítica ao primeiro julgado

No REsp 1.009.591-RS, foi vencedora, por 3 votos contra 2, a tese da prescrição quinquenal do CDC, seguindo a jurisprudência da 2ª Seção do STJ.

Houve ressalva do entendimento diverso da Relatora Min. Nancy Andrighi, que fez constar na própria ementa que deveria ser aplicada a prescrição vintenária do CC/16, mais favorável ao consumidor, em respeito ao mandamento constitucional de proteção do consumidor e ao diálogo das fontes.

O Tribunal de origem, TJ-RS (Apelação Cível, nº 70018322149, Quinta Câmara Cível, Relator Paulo Sérgio Sarparo, j. 11/04/2007), entendeu que podia ser aplicada a responsabilidade aquiliana regulada pelo Código Civil, com prazo vintenário do art. 177, do CC/16.

A Relatora do REsp 1.009.591-RS asseverou que, apesar do pedido inicial fazer algumas referências ao CDC, a lei consumerista não exclui a aplicação de ou-

tras leis ou normas compreendidas no sistema geral de defesa do consumidor. Tal sistema é composto pelo CDC, mas também pelo CC. A Relatora cita a doutrina (MARQUES, 2013, p. 185): “o CDC é um sistema permeável, não exaustivo, daí determinar o art. 7º que se utilize a norma mais favorável ao consumidor; encontre-se ela no CDC ou em outra lei geral, lei especial ou tratado do sistema de direito brasileiro”.

Prosseguindo neste raciocínio, a Ministra afirma que não é o CDC que limita o CC, mas o próprio CC que dá base e complementa o CDC, de modo que o mais favorável ao consumidor deve ser aplicado, não necessariamente a lei especial. Todas as normas devem dialogar em busca de cumprir o mandamento constitucional de fazer prevalecer a proteção do hipossuficiente na relação de consumo.

Este trabalho ousa divergir da tese vencedora do julgado. Irrelevante o fato de haver menção ao CDC no pedido inicial, já que ao julgador cabe aplicar a lei ao caso concreto: *jura novit curia; da mihi factum, dabo tibi jus*.

Tartuce (2011) lembra que as normas jurídicas não se excluem, apenas porque pertencentes a ramos jurídicos distintos, mas se complementam. Trata-se da teoria do diálogo das fontes, onde haveria um sentido de complementaridade ente o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, sobretudo nas matérias de direito contratual e de responsabilidade civil.

Ao dissertar sobre a responsabilidade pós-contratual, Donnini (2004, p. 85, 130 e 131) diz que a doutrina e jurisprudência alemãs criaram a *culpa post pactum finitum*, onde deveres de boa-fé permanecem após o cumprimento do contrato. Diz que o §144 do *BGB* obriga o vendedor a dar informação adequada sobre a coisa vendida e que pelo § 242 do mesmo *BGB* o contratante se responsabiliza pelos efeitos não determinados pelos contratantes, surgindo a responsabilidade pós-contratual. Reconhecer que há obrigações que se prolongam no tempo, após o exaurimento do contrato, é postergar o termo inicial da prescrição.

Fosse aplicada a Magna Carta no caso concreto, art. 5º, inciso XXXII, e art. 170, inciso V, com efetiva proteção do consumidor, sem esquecer da dignidade da pessoa humana, e o mérito poderia ser apreciado. O legislador, constitucional e do microsistema, pretende ampliar a proteção do consumidor, não restringir a lei especial. Mesmo que se busque na razoabilidade e proporcionalidade, não se pode permitir que prevaleça a especialidade da lei sobre a proteção do consumidor.

1.3 Crítica ao segundo julgado

Da mesma forma que o julgado anterior, este feito foi improcedente em primeiro grau, sendo provida a apelação pelo TJ-RS. Na ementa do Acórdão reformado consta:

Responsabilidade da requerida caracterizada. Situação em que pôs à venda produto reconhecidamente nocivo à saúde sem informar adequadamente o consumidor a respeito dos riscos inerentes à mercadoria, entre os quais se incluem a dependência química e a probabilidade de desenvolvimento de várias moléstias.

A decisão do STJ afirma que não é possível aplicar princípios e valores hoje consagrados pelo ordenamento jurídico a fatos imputados à indústria tabagista ocorridos em décadas pretéritas, antes das legislações restritivas, e do dever legal de informar. Também nega que a propaganda e o *marketing* retirem o livre-arbítrio. Diz também que não havia nenhuma norma jurídica que impusesse dever à indústria de informar, de sorte que não houve ofensa à boa-fé. Assevera que não é o caso de responsabilização por não estar presente o nexo causal, aplicada a “teoria do dano direto e imediato”, “teoria do nexo causal direto e imediato” ou “teoria da interrupção do nexo causal” vigente (art. 403, CC/02 e art. 1.060, do CC/16). E continua reconhecendo-se a possibilidade de que, se vários fatores contribuíram para o resultado, elege-se apenas aquele que se mostra a causa necessária do dano e a ciência médica apenas se limita a afirmar a existência de fator de risco entre o fumo e o câncer, de sorte que, somente no caso concreto, se fosse possível determinar quão relevante foi o cigarro para o infortúnio (morte), poder-se-ia estabelecer um nexo causal juridicamente satisfatório. São estas, resumidamente, as razões do provimento do Recurso Especial.

A decisão do STJ afirma que não é possível aplicar princípios e valores hoje consagrados pelo ordenamento jurídico a fatos imputados à indústria tabagista ocorridos em décadas pretéritas, ocorridos antes das legislações restritivas, e do dever legal de informar.

Se por um lado o governo desconhecia os malefícios do tabaco, e demorou algumas décadas para obrigar a divulgação de tais males, eles já eram conhecidos da indústria de longa data, como ficou demonstrado no processo que os Estados

Unidos promoveram contra onze indústria do tabaco². A sentença estadunidense reconheceu que fumar cigarros causa doenças, sofrimentos e morte, o que é reconhecido internamente pela indústria (conforme documentos sigilosos internos) há décadas e negado publicamente. A indústria, consta da decisão, já em 1953 começou a acumular provas da relação fumo-câncer. A partir da década de 60 a comunidade científica internacional já havia chegado à conclusão que era apropriado advertir a população das fortes evidências donexo causal entre fumo e câncer, embora ainda não houvesse certeza científica, e tais documentos estavam na posse da indústria. No processo, há cartas de diretores da indústria tabagista (prova documental) de que corriam riscos de descoberta e acusação de que estavam fazendo campanhas falsas e enganosas apenas para vender cigarros. Documentos internos arquivados pela indústria tabagista eram ocultados do público e a indústria fazia propaganda no sentido contrário. Texto de documento interno da BATCo³, de 1959, relatava que abaixar o teor de nicotina destruiria a dependência, portanto não era interessante para as indústrias. Em 1962, já havia dezenas de estudos científicos mostrando a relação fumo câncer, conhecidos da indústria. As campanhas das indústrias de tabaco começaram conjuntamente na década de 50 negando e deturpando a relação tabaco doenças, embora isso fosse contrário aos documentos internos que tinham. Diversos documentos internos demonstraram que a indústria tabagista empreendia pesquisas científicas sobre as consequências do fumo para a saúde, desde a década de 60, e tinha medo do impacto da divulgação dos resultados e consequências em litígios judiciais. Os pesquisadores financiados pela indústria eram proibidos de divulgar ou debater publicamente os resultados de seus estudos. Na década de 60, era mantido um laboratório conhecido por *Mouse House*, onde eram verificados os efeitos maléficos em ratos expostos à fumaça. Em 1970, uma divergência entre o presidente da Philip Morris e os cientistas encerrou o laboratório. Vinte e seis cientistas foram demitidos. Documentos de 1980 afirmam que verbas estavam sendo cortadas do fundo de pesquisas, porque “estava chegando perto demais de certas coisas”. Provas testemunhais do processo em tela demonstraram que os pesquisadores temiam pela segurança física pessoal e da família, por isso se mantiveram “fíéis e firmes” quando testemunharam na década de 90. Na sentença, a juíza estadunidense diz que testemunhas foram silenciadas no passado. No processo, foram confrontadas entrevistas antigas de TV, dos presidentes das indústrias, em face de documentos internos que eles ocultavam na época, que tinham resultados desfavoráveis de pesquisas científicas. Numa dela, o presidente da Philip Morris Joseph negava que

² Caso: Estados Unidos *versus* Philip Morris.

³ A mesma BAT que controla a “brasileira” Souza Cruz.

o cigarro fizesse mal para gestantes, quando já havia provas de que os bebês de gestantes fumantes nasciam menores. Quando o governo americano, na década de 70, apresentava algum questionamento sobre danos causados pelo cigarro, os fabricantes tinham muitos argumentos científicos, causando dúvidas e desautorizando qualquer pesquisa oficial. Quando o Congresso americano, nos anos de 1982 e 1983, quis rotular os produtos de tabaco, apareceram 39 testemunhas, cientistas contrários às propostas da lei. Eram consultores científicos da indústria do tabaco. Uma carta do Gerente de Relação Pública de uma indústria, de 1990, para diretor de escola e aluno, negava prova científica de doença crônica associada ao fumo. Até 2005, os réus (indústria tabagista) não admitiam publicamente as sérias consequências do fumo para a saúde, que há décadas eles já conheciam. A sentença concluiu que de 1953 à 2000 todas as indústrias, sem exceção, negaram, de má-fé, a existência de qualquer efeito nocivo do fumo para a saúde.

O julgado supra, do TJ-RS, não é o único a reconhecer como válida a investigação produzida no caso Estados Unidos *versus* Philip Morris e outros. O Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação com Revisão nº 379.261-4/5-00, Relator Joaquim Garcia) considerou válida a prova ali produzida, e divulgada pela mídia de que os estudos revelaram ocultação dolosa de informações desde a década de 1950.

Omitir informações e dados relevantes significa que o fornecedor age com intenção de enganar, não sendo possível dizer que ele não sabia, pois o ato de falsear não comporta excludente de responsabilidade, até porque, ao inserir bem no mercado, o fornecedor deve ter o prévio conhecimento técnico e/ou científico do que está sendo comercializado, sustenta Bolwerk (2009, p. 119).

Portanto, patente que a indústria é responsável pela epidemia tabagista e atua em conjunto e coordenadamente para enganar a opinião pública, comunidade de saúde, consumidores e Poder Público.

Os princípios e valores hoje consagrados pelo ordenamento jurídico são conhecidos há longa data pela indústria tabagista, muito antes das legislações restritivas, e do dever legal de informar. Tanto conhecido que a realidade foi ocultada dolosamente.

A Juíza Kessler também analisou o *marketing* desde os anos 50, voltado para jovens, que garantisse o futuro econômico da produção, por longos anos de consumo. O *marketing* também não foi aleatório, foi baseado em pesquisas. A sentença afirma que restou provado que as preferências dos jovens eram monitoradas, e foram gastos enormes recursos com isso. Tudo para incentivar o jovem a começar a fumar e continuar fumando. Os investimentos incluíam seminários para representantes de vendas, patrocínios de times de esportes, bolsas de es-

tudos para jovens, concurso de beleza: “Miss Adolescente Negra”, tudo voltado para fazer o jovem fumar. Documentos com detalhes estavam no processo. Memorando propunha “incorporar imagens típicas de vídeo games ao *design* dos maços (apelo jovem)”. Buscavam temas relevantes para a juventude, como independência, vigor, rebeldia, amor à vida, aventura, confiança, autor-afirmação e atitude. O cigarro era apresentado aos jovens como uma forma de entrar no mundo adulto. O cigarro era associado como algo relacionado com crescimento e maturidade. Dentre a técnica estava anunciar o cigarro junto com outros produtos para jovens, com o vídeo game, bicicleta, revistas para jovens, competições de jovens, concursos de esportes em escolas secundárias, brinquedos em parques de diversões, quiosques com produtos para jovens, shows artísticos, eventos automotivos, etc. Tudo provado, segundo a decisão. Está em relatórios e memorandos das indústrias tabagistas. E, mais, documentos indicam que até 28.000 amostras grátis de cigarros foram distribuídas para eventos de jovens. Certas marcas de cigarro voltadas para o público jovem eram mais baratas. Foram remetidos para milhões de jovens, por mala direta, cupons, camisetas, produtos esportivos, canecas e revistas, todos promovendo o cigarro. Também foram enviados cigarros pelo correio, sem se saber qual a idade do destinatário, apenas que era jovem. Documentos internos sugerem, diz o julgado americano, que supostos programas de prevenção do tabagismo entre jovens, da indústria do tabaco, eram mais de publicidade, relação pública, do que eficiência ou efetividade. A sentença estadunidense afirma que a maioria dos novos fumantes tem menos de 18 anos e um quarto deles menos de 10 anos de idade. Apesar da prova robusta da direção do *marketing* para o jovem, as declarações públicas da indústria tabagista sempre foram em sentido contrário, consoante entrevistas de representantes dos fabricantes. A sentença concluiu que as provas eram claras e convincentes que os réus, fabricantes de cigarro, esforçaram-se para vender seus produtos para menores de 21 anos, embora, constante e desonestamente, negassem em público tais práticas, com pose de moralistas.

A Lei Federal 9.294, de 15 de julho de 1996, que impôs restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, diz textualmente que a propaganda não pode ser associada à prática de atividades esportivas, ao êxito na sensualidade e não pode incluir participação de crianças ou adolescentes. Também proíbe a venda por via postal, a distribuição de qualquer tipo de amostra ou brinde, a visita promocional em estabelecimento de ensino, a comercialização em estabelecimento de ensino e a venda a menores de 18 anos. Dentre as mensagens sobre os malefícios do fumo, estão: “fumar na gravidez prejudica o bebê”, “em gestantes, o cigarro provoca partos prematuros, o nascimento de crianças com pessoa

abaixo do peso normal e facilidade de contrair asma”, dentre outras. De onde terá tirado legislador brasileiro tais ideias? Com certeza baseado em alguma informação do que era feito pela indústria tabagista, senão a lei não teria razão de ser. A lei foi feita para combater algo de concreto. De qualquer forma, esta lei veio ratificar diretrizes gerais trazidas pela CF/88 e pelo ECA/1990 quanto à proteção integral da criança e do adolescente.

A indústria brasileira ré no processo em testilha é a Souza Cruz S/A. Consta no seu sítio virtual que foi fundada em 1903. Em 1914, foi transformada em uma Sociedade Anônima e passou a ser controlada pelo Grupo BAT. Em 1916, lança a Revista Souza Cruz, publicação mensal com cronistas e escritores conceituados, veiculada até 1935. E, em 1927, já havia inaugurado várias fábricas em vários Estados e estava em plena expansão. Em 1931, lançava a marca Hollywood. Em 1974, criava seu primeiro centro de pesquisas e desenvolvimento da companhia no Rio de Janeiro. Em 2000, cria a OSCIP - Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, sem fins lucrativos, para desenvolver, em nível nacional, um modelo sustentável de agricultura familiar, estimulando o empreendedorismo rural nos jovens no campo. Em 2007, cria Centros de Pesquisa em Cachoeirinha, um dos maiores e mais avançados do mundo. É o que a Souza Cruz S.A. divulga no seu endereço virtual.

O Grupo BAT, que controla 97,7% da empresa de tabaco brasileira, é a *British American Tobacco*, também segundo seu sítio oficial. Não haverá nenhuma relação da indústria brasileira de tabaco com o histórico das indústrias americanas de tabaco? Não houve propaganda e *marketing* direcionado para anular o livre-arbítrio do consumidor brasileiro, mas só o consumidor norte-americano? A indústria brasileira desconhecia pesquisas? As ocorrências e doenças dos fumantes brasileiros são diferentes dos fumantes norte-americanos? Os cigarros são diferentes?

O julgado do STJ foi extremamente formalista, já que os fatos públicos e notórios independem de prova. O Acórdão diz que não havia nenhuma norma jurídica que impusesse dever à indústria de informar, de sorte que não houve ofensa à boa-fé. Conhecendo melhor a postura da indústria tabagista no incidente, não se pode sustentar boa-fé, muito pelo contrário, a má-fé era patente.

A indústria brasileira é controlada pela *British American Tobacco* desde 1914. Publicou revista com escritores conceituados, cresceu como nenhuma outra, e crescimento exige estratégia, pesquisa, investimento. A indústria brasileira, em 1931, lançou a marca Hollywood, demonstrando seu vínculo com a indústria americana. Criou centro de pesquisas e organização voltada aos jovens. Difícil

sustentar a boa-fé, a inocência da indústria brasileira, o desconhecimento dos fatos conhecidos pela indústria norte americana e ignorar a manipulação do consumidor. *O modus operandi* é o mesmo.

Finalmente o Acórdão diz que, aplicada a teoria dos danos diretos e imediatos, vigente na lei atual e na anterior, época dos fatos, não estava presente o nexos causal, portanto não era o caso de responsabilização civil. Neste Recurso Especial, e no seguinte, também não foi admitido o nexos causal, de forma que, a ausência do nexos causal será criticada conjuntamente.

1.4 Crítica ao terceiro julgado

No REsp 886.347-RS, a Quarta Turma entendeu que, diante das advertências sobre os malefícios provocados pelo fumo, estampadas de forma explícita nos maços de cigarro, a partir de 1988, o autor da ação teve livre arbítrio para escolher o hábito de fumar. E mais, o laudo pericial era conclusivo de que não se pode comprovar a relação entre o tabagismo desenvolvido pelo recorrido e o surgimento de sua enfermidade (tromboangeíte obliterante – TAO ou doença de Buerger). Assim, entendeu estar ausente o nexos causal.

O requerente começou a fumar nos idos de 1988. A requerida no processo em testilha é a mesma do feito anterior, Souza Cruz S.A. O processo foi julgado procedente em primeiro e segundo graus, sendo provido o Recurso Especial. A sentença menciona dados revelados com a abertura de arquivos secretos da indústria fumageira Norte-Americana, tendo o TJ-RS entendido não haver irregularidades, pois são tidos como fatos notórios. No Acórdão do TJ-RS, consta que o livre arbítrio não serve para afastar o dever de indenizar, pelas mesmas razões que não se presta para justificar a descriminalização das drogas. E mais, que o homem precisa ser protegido de si mesmo, mormente porque os produtos da ré podem minar a capacidade de autodeterminação. Quanto a invocação do exercício regular de um direito, mesmo sendo uma atividade lícita, o julgado do sul diz que, para que haja responsabilização civil, a conduta não precisa ser necessariamente ilícita, apenas deve causar danos. O tribunal de origem reconhece a existência do nexos causal, amparado na literatura médica unânime, que afirma que a doença Tromboangeíte Obliterante se manifesta apenas em fumantes. Finalmente, o TJ-RS reconhece a culpa concorrente, a parcela de responsabilidade do autor, em continuar fumando apesar de doente, o que reflete no valor da indenização.

A questão do livre arbítrio já estava bem equacionada em primeiro e segundo graus, com amparo nos dados hoje públicos revelados com a abertura de arquivos secretos da indústria tabagista Norte-Americana, aqui referidos no tópico anterior. O autor fora advertido pelos médicos e não conseguira parar de fumar, depois sofrera amputações, o que demonstra que ele não tinha o controle da situação e precisava ser ajudado. O vício era maior que suas forças.

O julgado comportaria aprofundamento na questão do exercício regular do direito e da licitude da indústria, na aplicação do parágrafo único do artigo 927, todavia, diante dos limites deste trabalho, neste tópico irá se trabalhar a questão do nexa causal.

O Tribunal gaúcho reconheceu o nexa causal porque a Doença de Buerger ou Tromboangeíte Obliterante, segundo literatura médica praticamente unânime, só se manifesta em fumantes. O laudo pericial, todavia, não era conclusivo neste sentido, levantando dúvidas sobre o diagnóstico, o que fundamentou a reforma do julgado pelo STJ. Aplicou-se o princípio da causalidade adequada também chamado princípio do dano direito e imediato. Tudo isso consta no julgado.

É muito difícil produzir prova pericial nos feitos judiciais. É preciso antecipar os custos do trabalho pericial, encontrar um profissional especializado e não raras vezes as buscas do perito são superficiais, limitadas pelo orçamento (custo do trabalho), pelas limitações do perito que é alguém do local que conhece o assunto. Muitas vezes o trabalho pericial é serviço eventual e individual, não se trata de um grupo de pesquisadores com dedicação exclusiva. A perícia também é altamente limitada pelo tempo, quando se estabelece um prazo de 30 dias para a prova pericial.

Quando há pesquisas, que já consumiram altos investimentos e muito tempo, é evidente que tais trabalhos são muito mais profundos e realistas. É o caso da pesquisa que fez Boeira (2000, p. 54-60) que coletou dados da OMS, que registra mais de 60 mil pesquisas. Relata que o tabagismo tem sido apontado em pesquisas médicas como o fato mais relevante em certas doenças. Fala de pesquisas nas substâncias químicas específicas contidas na fumaça do cigarro; faz referências a pesquisas de investigações patológicas, clínicas e epidemiológicas, alude a estatísticas, grande número de casos de doentes estudados por médicos.

As pesquisas, diz Boeira, demonstram haver no alcatrão substâncias comprovadamente carcinogênicas, outras supostamente cancerígenas, como com arsênio, níquel, benzopireno e cádmio, resíduos de agrotóxicos e substâncias radioativas como polônio 210 e carbono 14. A fumaça do cigarro tem 70% de monóxido de carbono do escapamento de um carro.

Já a nicotina está relacionada com o infarto do miocárdio e ao câncer, mas sua função no cigarro é reforçar e potencializar a vontade de fumar, atuando como a cocaína, o álcool, e a morfina, causando dependência. Em altas doses, a nicotina é venenosa. A cotinina, subproduto da decomposição da nicotina, é encontrada no sangue e na urina dos fumantes e fumantes passivos.

A falta de oxigênio no cérebro reduz a capacidade de seu funcionamento, ou seja, capacidade de raciocinar e coordenar movimentos, em consequência da vasoconstrição das artérias. Este processo está relacionado a acidentes vasculares cerebrais, diz a pesquisa.

Do trabalho se extrai que há 4.720 substâncias tóxicas na fumaça do cigarro e cerca de 70 delas são cancerígenas; de cada 10 fumantes, um morre de câncer; no caso de câncer de pulmão de 80 a 90% são fumantes.

Mas não é tudo, a pesquisa ainda traz outros números, no “Quadro 4: Tabagismo e câncer”, relatando os percentuais de fumantes por cada um dos tipos de câncer: nos lábios 90%, na bochecha 87%, na língua 95%, no estômago 80, nos rins 90%, no tubo digestivo (da boca ao ânus) 80%.

Pergunta-se: será que esta informação - 80 a 90% das vítimas de câncer de pulmão são fumantes – já não comprova nexos causal? Será que todas as demandas devem ser improcedentes, porque de 10 a 20% dos casos de câncer no pulmão a vítima não era fumante? Será que este elevado percentual não autorizaria reconhecer o nexos causal, ainda que com redução da indenização? No conflito de interesses, entre *qui certat de damno vitando* e *qui certat de lucro captando*, não se permitiria um raciocínio jurídico que imputasse 80 a 90% da responsabilidade daquele que coloca essas drogas todas no cigarro e 10 a 20% daquele que fuma? São perguntas que este trabalho crítico faz à jurisprudência, provocando a reflexão, se não seria o caso de uma revisão do entendimento. Sugere-se a adoção de provas científicas idôneas, isentas, não patrocinadas pela indústria, para comprovar o nexos causal, ao invés de uma prova pericial específica, de um caso, produzida com as reconhecidas limitações já referidas.

1.5 Julgados dos Tribunais de Justiça

Em que pese prevalecer a improcedência das ações, por falta de nexos causal, há julgados dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul que a reconhecem.

O julgado mineiro (Ap. Cível n. 1.0024.05.799917-9/0011) afirma que a empresa que fabrica e comercializa produtos fumígenos assume riscos que lhe dão lucros, devendo responder pela colocação dos consumidores em situação de perigo de vida. Trata-se da teoria do risco-proveito. O julgado não está desamparado de base doutrinária.

Para França (2009, p. 64), foi Louis Josserand, na França, quem sugeriu que se abandonasse o ponto de vista subjetivo, da noção da culpa e se buscasse o ponto de vista objetivo, o risco. Não se deveria buscar culpados, mas criadores de riscos. Aquele que cria um risco deve ter a noção de que suas atividades, mesmo que lícitas, são aptas a causar prejuízos indenizáveis. A teoria foi sintetizada pelos irmãos Mazeaud (FRANÇA, 2009, p. 65) no brocardo: *ubi emolumentum ubi onus*.

Godoy (2014, p. 32) escreveu sobre a responsabilidade civil pelo risco da atividade nexa de imputação da obrigação de indenizar. Tratou do artigo 927, parágrafo único do Código Civil. Afirmou que no Direito brasileiro a responsabilidade decorre do risco da atividade normalmente desenvolvida pelo agente. E, se é normalmente desenvolvida, é atividade lícita. Não se trata de culpa, de perigo, mas uma opção distinta: o risco da atividade. Referido professor sugere que o risco esteja na própria natureza da atividade, como ocorre no direito português, art. 193º/2 do Código Civil.

O julgado paulista (Ap. Cível nº 379.261.4/5-00) também enfrentou um laudo pericial que afirmou que não poderia diagnosticar com certeza a ocorrência da doença, mas também não afastou sua possibilidade, já que todos os sintomas constantes do prontuário médico o indicavam. Para o relator (Apelação com revisão n. 379.261.4/5), foi o suficiente, já que, para a praticamente unanimidade da literatura médica, a doença de Buerger só se manifesta em fumantes, “ou seja, o tabagismo é condição *sine qua non* para o desenvolvimento da moléstia contraída” (2008, p. 6). O Acórdão também afirma (2008, p. 3) que a responsabilidade do fabricante de tabaco resulta do próprio risco da atividade que desempenha, colocando no mercado produto potencialmente lesivo à saúde do usuário, daí o dever de indenizar.

Acompanhando o relator designado, outro componente da Turma, Des. Caetano Lagrasta fez questão (2008, p. 1) de declarar por escrito seu voto, afirmando, dentre outras coisas importantes, que a tromboangeite abliterante (TAO) é doença exclusiva de usuários de tabaco; que não há fator causal claramente elucidado, mas o uso de tabaco é condição básica para o diagnóstico, não se sabendo se é causador ou desencadeador da doença; que o fumo deve interagir

com algum outro componente para causar a doença (LAGRASTA, 2008, p. 3). E mais, tratando da alegada inexistência denexo causal, por conta da publicidade dos efeitos nefastos do cigarro, diz que o que causa as doenças é a manipulação, no momento da industrialização, ao agregar substâncias químicas no tabaco (LAGRASTA, 2008, p. 8).

Portanto, para o julgado paulista, hánexo causal, bem como nos julgados gaúchos.

No julgado gaúcho (Ap. Cível, nº 70015107600), o Relator fez constar que o nexocausal estava presente, que restou certa a relação de causa e efeito entre o defeito do produto e a doença do consumidor (cardiopatia isquêmica - infarto). Afirmou que a autora adquiriu o vício de fumar a partir de poderoso condutor do comportamento humano consistente em milionária e iterativa propaganda da indústria tabagista que, ocultando do público os componentes maléficosa saúde humana existentes no cigarro, por décadas, associava o sucesso pessoal ao tabagismo. A usuária fumava porque era viciada, e viciada porque manipulada pela indústria. Reconheceu comprovado o poder viciante da nicotina, a ausência de informações precisas quanto aos componentes da fórmula do cigarro e qual a quantidade supostamente segura para o seu consumo. Reconheceu ter havido dano moral e, para arbitramento do *quantum*, levou em conta a culpa concorrente.

Outro julgado, também do Tribunal de Justiça-RS (Ap. Cível, nº 70000144626), analisou caso em que a vítima faleceu após fumar durante 40 anos, cerca de 40 cigarros por dia, tendo adquirido enfisema e câncer pulmonar que lhe acarretaram a morte. A decisão afirma ser fato notório, cientificamente demonstrado, reconhecido de forma oficial pelo Governo Federal, que o fumo traz inúmeros malefícios à saúde. Diz ser 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. Reconheceu presente o nexode causalidade, porquanto fato notório que a nicotina causa dependência química e psicológica e que o vício de fumar provoca câncer e o enfisema pulmonar, males de que foi acometido o falecido. Sentencia que o art. 159 do Código Civil de 1916 já previa o ressarcimento dos prejuízos causados a outrem, decorrentes de omissão e negligência, aqui por conta de ocultação de informações sobre os malefícios que beiraram as fronteiras do dolo. Diz ainda que o criador de um risco tem o dever de evitar o resultado, já que, não o fazendo, comete a omissão caracterizadora da culpa. Invoca a doutrina de Cunha Gonçalves, Sergio Cavalieri Filho e Pontes de Miranda. Enfatiza que a conduta da

indústria tabagista viola os deveres consubstanciados nos brocardos latinos do *neminem laeder, suum cuique tribuere*. Assevera que viola também o princípio da boa-fé objetiva existente desde sempre no Direito Brasileiro. Diz que a conduta anterior criadora do risco gera a obrigação de evitar o dano, consoante princípios gerais de direito. E, se o dano não for evitado, caracterizada está a culpa por omissão e o dever de reparação. Sustenta o Relator que “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”.

1.6 Nexo causal

Importante enfatizar que as consequências nefastas do uso do tabaco não decorrem só da fabricação. Guimarães (2001, p. 143) lembra que a publicidade ilícita também gera a responsabilidade civil. Referido autor defende inclusive a responsabilização da celebridade que coloca sua imagem para divulgar um produto (2001, p. 155) e, no caso do tabaco, inafastável a lembrança do jogador de futebol Gerson que, em propaganda de televisão de 1976, era apresentado como “o cérebro do time campeão do mundo de 70.”

Azevedo (2011, p. 249), tratando da culpa como fundamento da responsabilidade, enfatiza a necessidade de coexistência de ambos institutos, culpa e risco, para que se possa tutelar todos os prejuízos que se causam na sociedade. Cianci (2007, p. 42) também lembra que o fabricante responde pelo risco da atividade mercantil, e não por culpa.

Para resolver a questão do nexo causal – fabricação de cigarros e males à saúde – cabe a aplicação da teoria do risco concorrente. O risco é uma probabilidade concreta de perigo. O ordenamento jurídico permite tanto o risco, quanto a concausa. A afirmação é de Tartuce (2010). Para aqueles que começaram a fumar antes da contrapropaganda, da existência de advertências sobre os malefícios do tabaco, a responsabilidade é dos fabricantes, porque enganaram e viciaram os usuários de fumo. Isso porque sabiam ou deveriam saber dos problemas de saúde que estavam causando ao fumante. É o caso das demandas analisadas. Levando-se em conta eventual instrução do fumante, ele poderia ter algum grau de culpa se tivesse meios para saber dos riscos. Mesmo assim, a responsabilidade da indústria seria quase integral, conclui o autor. Fala em divisão de 80% (90%) para o fabricante e 20% (10%) para o usuário que nos anos 80 fosse altamente esclarecido.

Já para os devidamente informados, aqueles que se iniciaram no vício mais recentemente, sabendo dos malefícios do tabaco, o autor propõe uma inversão, de 80% (90%) para o usuário e de 20% (10%) para o fabricante, a ser aferida no caso concreto. Tartuce (2010) nega a culpa exclusiva da vítima e sustenta haver um risco concorrente. Finaliza lembrando a tendência atual de dividir os custos do dever de indenizar entre todos os participantes, na medida dos riscos assumidos por cada um, buscando um sistema indenizatório justo, equânime e ponderado.

A responsabilidade pelo risco tem previsão legal e doutrinária, segundo Tartuce (2010, p. 336). O risco administrativo das pessoas políticas está no artigo 37, §6º, da Constituição Federal. O risco criado, no caso do *effusis et dejectis* tem previsão no art. 938 do Código Civil. O risco profissional é aquele do empregador pelos danos causados por seu empregado (art. 932, III e 933 do Código Civil). O risco dependência no caso da responsabilidade objetiva dos pais, tutores, curadores e educadores pelos seus pupilos (art. 932, I, II e IV e 933, do Código Civil). Há ainda a teoria do risco integral, sustentado por parte da doutrina, que não admite nenhuma excludente de responsabilidade, nos casos de danos ao meio ambiente. E finalmente a cláusula geral de responsabilidade objetiva do artigo 927, parágrafo único do Código Civil.

A questão da concausa também é legal, como supra afirmado. Se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação (art. 942, última parte, e parágrafo único, do Código Civil). Nunca se negou que a vítima pudesse ser a autora de seu infortúnio, logo pode ser uma das autoras. Se a culpa exclusiva da vítima exclui a responsabilidade, a concorrente irá atenuá-la, sem excluir o nexo causal.

Stoco (2004, p. 149) cita caso interessante da relatoria de Teori Albino Zavascki, quando no TRF (4ª R.-3ª T, Apelação nº. 2000.04.01.004115-1, j. 27.04.2000), afirma que, tratando-se de responsabilidade civil, havendo “causalidade múltipla”, não é certo eleger arbitrariamente o fato gerador da responsabilidade, também não sendo adequado optar, de modo absoluto, pela chamada equivalência das condições, sendo o meio termo em cada caso concreto é a melhor solução.

Tratando do nexo causal, Braga Netto, Farias e Rosenvald (2017, p. 471) afirmam que a concausalidade é tema extremamente rico e amplo, e se alonga nas diversas formas da causalidade plural: causalidade plural comum; causalidade plural concorrente; e, causalidade complexa, esta última, tripartida em causalidade colateral, causalidade concorrente propriamente dita, e causalidade

cumulativa. Interessa a teoria da causalidade concorrente propriamente dita, pela qual, as práticas sozinhas não seriam suficientes para resultar o dano, que ocorre quando somadas. Ou seja, um fabrica o cigarro e o enche de drogas e o outro fuma. Só fabricar não causa o dano, é preciso fumar o cigarro.

Rizzatto Nunes e Caldeira (1999, p. 1023) citam julgado relatado por Munhoz Soares, da 6ª Câmara do TJ-SP, de 1994, onde consta que a “obrigação de reparar o dano surge do simples exercício de atividade que o agente desenvolve em seu interesse e sob seu controle, em função do perigo que dela decorre para terceiros. Tem-se o risco como fundamento de responsabilidade.”

Almeida (2007, p. 61), tratando dos fundamentos modernos da recente evolução do instituto da reponsabilidade civil, diz que, se antes existia alguma resignação com certas situações de lesão sem reparação, este sentimento de acomodação se transformou em insatisfação, e não mais se admite que o lesado fique sem reparação.

A proposta parece estar de acordo com a equidade, prevista nos artigos 944 e 945 do Código Civil, e com a razoabilidade. Distribui-se o ônus do resultado danoso, conforme a contribuição de cada um. A participação da vítima no evento danoso deve ser levada em conta no caso da responsabilidade objetiva ou sem culpa, todavia não pode ser de maneira exclusiva, mas concorrente. A concausalidade não é novidade no estudo da responsabilidade civil. A aplicação da teoria do risco concorrente, não só no caso da indústria do tabaco, mas na prática de esportes e diversões radicais, responsabilidade médica, responsabilidade civil do Estado, pode trazer uma solução mais justa ao caso concreto.

Segundo Bittar (2005, p. 41), a teoria do risco busca facilitar a percepção de indenização pela vítima, diante da dificuldade de produção de provas.

1.7 Presunção de causalidade

Josserand já lembrava o pesado ônus imposto pelo *actori incumbit probatio*, que acaba obrigando o prejudicado a demonstrar fatos que lhe são impossíveis provar, dada a circunstância que o cercam ou a própria natureza (AGUIAR DIAS, 2006, p. 101). O fumante pode até provar que fuma e que ficou doente, mas não conseguirá demonstrar que isso decorre da manipulação das drogas na fabricação.

No mundo moderno caracterizado pela evolução tecnológica, globalização, consumismo, os clássicos modelos jurídicos já não se revelam suficiente para a

realização da justiça, impondo-se à ciência do direito a construção de novas formas estruturais para responder os anseios sociais, capazes de dar a necessária segurança jurídica e realizar a justiça desejada. Então surge a ideia da presunção de causalidade, como uma inversão do ônus da prova, admite-se que haja o liame conduta resultado, mas faculta-se ao demandado comprovar o contrário.

Almeida Neto (2011, p. 124) relata que, tratando-se de danos à pessoa humana, à sua integridade, a presunção de causalidade é mais aceita. Exemplifica citando contaminação com vírus da AIDS em transfusão de sangue, inexistindo outro evento passível de transmissão de doença; em acidentes nucleares, o surgimento de doenças, em que a exposição à radiação induz significativa probabilidade do surgimento de doenças; indenização por erro médico, em virtude da perda de uma chance de recuperação ou sobrevivência da vítima. Também cita alguns casos patrimoniais como a não interposição de recurso em caso que seria possível a reversão da decisão; o conhecido caso de programa de televisão do show do milhão. Nestes exemplos poderia ser sustentada a presunção de causalidade.

O instituto da responsabilidade civil vem sofrendo profundo progresso desde a antiguidade (responsabilidade aquiliana, presunção de culpa, responsabilidade objetiva). A presunção do nexa causal é mais um passo nesta trilha evolutiva, baseado em presunções legais e comuns.

1.8 Contrapropaganda: outra vitória da indústria

O pesquisador Sérgio Luís Boeira (2000, p. 226-235) aprofundou-se no tema, principalmente no capítulo “4.3. Fragmento 3: saúde pública”, onde mostra os trabalhos do Instituto Nacional do Câncer (INCa); do Centro de Cancerologia do Hospital Estácio de Sá, desde 1930; do Serviço Nacional de Câncer a partir de 1941; do Instituto do Câncer, inaugurado em 1957; da Campanha Nacional de Combate ao Câncer (CNCC) realizada pelo Ministério da Saúde em 1967. A tese fala da mudança de política a partir dos anos 80, quando os trabalhos são voltados para a prevenção das doenças e então surge o combate ao tabagismo. As advertências dos malefícios do uso do tabaco são uma contrapropaganda. E mais, a proposta das advertências era mais ousada, mas a força da indústria tabagista fez com que o Governo entrasse num acordo com elas e só fizesse advertências com as quais a indústria concordasse. Foi preciso um trabalho hercúleo de três Ministérios e cinco ONGs para vencer a resistência e a força da indústria tabagista, e as Portarias Ministeriais eram editadas com a concordância escrita

da Abifumo – Associações da Indústria do Fumo e outras associações do ramo. Vale dizer: só se advertiu o que elas concordaram.

E aqui acrescenta-se à pesquisa histórica, se a primeira advertência era “fumar é prejudicial à saúde”, de 1988; “fumar pode causar câncer de pulmão, bronquite crônica e enfisema pulmonar”; “fumar causa câncer de pulmão”, de 1999, significa que a indústria tabagista concordava com tais malefícios.

Prosseguindo na pesquisa referida, Boeira (2000, p. 226-235) diz que os acordos, para terem a anuência das associações, foram vantajosos para elas e oneraram o Governo. É que precisaram anuir com as Portarias Ministeriais, não apenas Abifumo, mas outras associações (ABAP, ABERT, ABA ANJ e ANER) ligadas a propaganda, emissoras de rádio e televisão, de anunciantes, de jornais de revistas.

Esta crítica acrescenta que os encargos das advertências ficaram por conta do dinheiro público. Mais uma vez sobrou para o cidadão pagar a conta que deveria ser da indústria, não com o que fosse arrecado com tributos. Some-se à contabilidade altamente desvantajosa do custo do fumo (tributos menos custos com saúde), as despesas com a contrapropaganda. Aumentando ainda mais o déficit do Estado e o lucro dos fabricantes.

A pesquisa informa ter buscado 1500 matérias jornalísticas sobre o fumo e nenhuma delas mencionava o art. 278 do Código Penal, que criminaliza a fabricação de produto nocivo à saúde, demonstrando que o acordo do governo envolvendo a indústria tabagista, interessava, e muito, as associações de propaganda que passaram a ter outra fonte de renda muito atrativa: a contrapropaganda. Assim, além da propaganda de suas parceiras comerciais (indústria tabagista), passaram a ter também a contrapropaganda paga pelo Estado. Ganhavam dos dois lados, de forma que a indústria tabagista, que lhe proporcionava tais vantagens, era mesmo uma grande parceira comercial.”

CONCLUSÃO

O estudo da evolução da responsabilidade civil depois do fenômeno da industrialização mostra profundas alterações no instituto. O Direito como um todo passou e passa por mudanças de relevo. Hoje fala-se em interdisciplinaridade (o uso do tabaco envolve o direito e a saúde; e dentro do direito e da saúde, vários ramos distintos), em constitucionalização do direito civil (com aplicação de princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana), em pon-

deração de princípios e valores (saúde e liberdade econômica), em diálogo das fontes (Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e Constituição Federal) e em despatrimonialização com personificação do Direito Privado (maior importância do ser do que do ter).

A concausalidade está inserida neste contexto de mudanças e evolução do pensamento. Paralelamente, os direitos de personalidade passaram a ser mais tutelados, e aqui se destaca o direito à informação. Fatos relevam que a indústria tabagista desrespeitou direitos de personalidade, como vida e saúde, e não só não informou, como deturpou a verdade, insinuando que o uso do cigarro faria o fumante ficar bonito, atlético, sexualmente atraente, rico e bem-sucedido, quando na verdade, o cigarro faz muito mal à saúde.

Isto gerou sérios problemas para a saúde pública e para a sociedade. Hoje há ainda inúmeros fumantes, embora não exista mais a propaganda enganosa do passado. Gerações se sucedem no vício, por efeito cascata. Os jovens se iniciam no fumo porque veem os adultos o fazerem. Depois não conseguem se libertar do vício, por conta do “trabalho” muito bem pensado, pela indústria, dos componentes químicos inseridos no tabaco.

O fumo continua gerando muitos problemas de saúde, de várias ordens. A indústria ainda continua manipulando a inserção de drogas viciantes no cigarro e este quadro vai se perpetuar enquanto prevalecer o entendimento de que o fumante é o responsável pelos males que sofre, porque é livre para fumar.

Além da pessoa do fumante, existem os fumantes passivos e, assim, a sociedade padece grandes prejuízos. A contabilidade – receita de tributos e despesas médicas – é altamente desfavorável. Isso sem levar em conta o custo da contrapropaganda e das perdas decorrentes das aposentadorias precoces e outros benefícios previdenciários.

A vítima tem sim sua participação que deve ser levada em conta, mas não se pode ignorar que a indústria tabagista levou a vítima a fumar, porque convenceu seus pais e avós que deveriam fazê-lo, e o fez através de propaganda enganosa, além de dolosamente omitir, por décadas, conhecimentos obtidos em pesquisas sobre os malefícios do cigarro.

A mera licitude da conduta da industrialização não a isenta de suas responsabilidades civis, que decorrem dos danos e não de eventual ilícito.

É preciso dar instrumentos jurídicos para reparar estes danos, mesmo respeitando a liberdade de fumar ou não fumar. A teoria do risco concorrente na responsabilidade objetiva é uma ferramenta.

Para finalizar, cabe lembrar a tendência atual do direito, de dividir os custos de infortúnios, de indenizações entre todos os participantes, diluindo o prejuízo individual, na medida da participação ou dos riscos assumidos por cada um, buscando um sistema indenizatório justo e equânime.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José. de. **Da responsabilidade civil**. 11ª ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ALMEIDA, José Luís Gavião de. **Novos rumos da responsabilidade civil por ato lícito**. ALMEIDA, José Luís Gavião de (org.). **Temas atuais de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

ALMEIDA NETO, Osvaldo. **A presunção de causalidade na responsabilidade civil**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011. Disponível em <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10736>. Acesso em 30 abr. 2020.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral das obrigações e responsabilidade civil**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil: teoria e prática**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOEIRA, Sérgio Luís. **Atrás da cortina de fumaça, Tabaco, tabagismo e meio ambiente**. Estratégias da indústria e dilemas da crítica. TESE (Doutorado Interdisciplinar em Ciências Humanas). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000. Disponível em <http://www.repositorio.ufsca.br>. Acesso em 27 abr. 2020.

BOLWERK, Aloísio Alencar. **Celebridades e publicidade: efeitos legais da responsabilidade civil**. São Paulo: SRS Editora, 2009.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. [Revogada pela Lei nº 10.406 de 2002](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm> Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. [Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927. Revogado pela Lei nº 6.697 de 1979](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm). Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. Súmula 341. Supremo Tribunal Federal. *Aprovada pela Sessão Plenária em 13 de dezembro de 1963*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2478>> Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal. 05 out. 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078> Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 24 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2012. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 24 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 886.347-RS. Disponível em <http://ww2.stj.jus.br>. Acesso em 22 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.009.591-RS. Disponível em <http://ww2.stj.jus.br>. Acesso em 22 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.113.804-RS. Disponível em <http://ww2.stj.jus.br>. Acesso em 22 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. REsp 1.113.804-RS. Disponível em <http://ww2.stj.jus.br>. Acesso em 22 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer. Custos Atribuíveis ao tabagismo. Disponível em: <http://www.inca.gov.br>. Acesso em 21 abr. 2020.

CAVALIERI, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo, Atlas, 2006.

CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 2 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, JOSÉ DE AGUIAR. **Da responsabilidade Civil**. 11ª ed. Ver., atual de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias - Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** V.7 São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD Nelson. **Novo Tratado de responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2015.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade pós-contratual no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Saraiva. 2004.

ESTADO UNIDOS DA AMÉRICA. O veredito final: trechos do processo Estados Unidos x Philip Morris, publicação preparada por Mike Freibert, J.D., em edição de Kerry Cork, J.D. e Meggie Mahoney, J.D. Tradução de Renata Galhanone, edição Aliança de Controle do Tabagismo, 2008. São Paulo. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 22 abr. 2020.

FERREIRA, Rodrigo Emiliano; PETRIBÚ, Mariana Reis Cavalcanti de. Responsabilidade civil das empresas tabagistas. Revista Jus Navegandi. Teresina, ano 15, n. 2662, 15 out. 2010.

FRANÇA, Rodrigo Dumans. **A teoria do risco aplicada à responsabilidade objetiva.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br>. Acesso em 29 abr. 2020.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Responsabilidade civil pelo risco da atividade e o nexó de imputação da obrigação de indenizar: reflexões para um colóquio Brasil-Portugal. **Revista Jurídica luso-brasileira**, São Paulo/Lisboa ano 1, n. 1 2015. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/2015/1/2015_01_0021_0043.pdf. Acesso em 28 abr. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 3**: contrato e atos unilaterais. 15ª edição. São Paulo: Saraiva educação. 2018. Disponível em: <http://books.google.com.br>. Acesso em 27 abr. 2020.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

KECKLER, C.; SILVA, J. C. da; SHAPO, M.; FICHTNER, R. **Responsabilidade civil**: seminário internacional. Rio de Janeiro: Editora Justiça & Cidadania, 2004.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto; CALDEIRA, Mirella D'Ângelo. **O dano moral e sua interpretação jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1999.

PASQUALOTTO, Adalberto. Um novo capítulo na responsabilidade civil dos fabricantes de cigarros. Mar./2019. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 21 abr. 2020.

RESPONSABILIDADE CIVIL, V.4 – **Indenizabilidade e direito do consumidor**. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. organizadores. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. As relações entre a doutrina e a jurisprudência. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 21 abr. 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2ª ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Regina Tavares da. (Coord.) **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA CRUZ S.A. Sítio oficial. Disponível em: www.souzacruz.com.br. Acesso em 22 abr. 2020.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade civil**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudência. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br>.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 886.247-RS. Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado), j. 25 mai. 2010. *Apud* LOPEZ, T. A. Nexo Causal e produtos potencialmente nocivos: e experiência brasileira do tabaco, p. 15/17. *In*: LOPEZ, T. A. (org.). **Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produtos de risco inerente**. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.009.591-RS. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13 abr. 2010. *Apud* MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEN, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2003.

TALAMINI, Eduardo. O que são os precedentes vinculantes no CPC/15. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br>. Acesso em 21 abr. 2020.

TARTUCE, Flávio. Em que consiste a teoria do diálogo das fontes? Disponível em: <http://www.flaviotartuce.com.br>. Acesso em 21 abr. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Teoria do risco concorrente na responsabilidade objetiva**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA-MG, Apelação Cível n. 1.0024.05.799917-9/0011, Belo Horizonte, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Medeiros, j. 03/09/2009, DJEMG 22 Set. 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA- RS, Acórdão n. 70000144626, Santa Cruz do Sul, 9ª Câmara Cível (Reg. Exceção), Rel. Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, j. 29 Out. 2003.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA- RS, Acórdão n. 70015107600, Passo Fundo, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, j. 27 Agos. 2008, DOERS 26/01/2009, p. 41. Disponível em <https://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em 30/04/2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA-SP. Ap. Cível nº 379.261.4/5-00. Rel. Joaquim Garcia, Revisor Lagrasta Neto, j. 08 out. 2008.

UOL ESPORTE. **O que era a lei do Gérson?** Ele mesmo explica. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=FMGG-EQuGw4>>. Acesso em: 08 mai. 2020.