Lima Marques, Miragem
Advogados

P A R E C E R

RISCO-CONTROLE. RESSARCIMENTO À UNIÃO DOS CUSTOS DECORRENTES DO TRATAMENTO DE VÍTIMAS DO TABAGISMO. RESPONSABILIDADE DOS FABRICANTES DE CIGARROS QUE CONHECIAM AS PROPRIEDADES PREJUDICIAIS À SAÚDE DO CIGARRO E NÃO ALERTARAM O CONSUMIDOR POR DÉCADAS. CONTROLE PELO FORNECEDOR DA SUA ATIVIDADE ECONÔMICA, DO IMPACTO NA SOCIEDADE E DA FALTA DE ATUAÇÃO PARA MITIGAR OS RISCOS E DANOS ("RISCO-CONTROLE"). Responsabilidade objetiva do fabricante por danos, segundo os deveres de boa-fé e lealdade negocial e os riscos da atividade (art. 927, parágrafo único, do Código Civil c/c art. 4º, inciso III e arts. 6º, incisos I e VI, 8º, 9º e 10, do CDC).

HIPÓTESE DE SOCIALIZAÇÃO DOS CUSTOS DECORRENTES DA ATIVIDADE ECONÔMICA MEDIANTE USO DE RECURSOS PÚBLICOS GERADOS POR TRIBUTOS PAGOS POR TODA A POPULAÇÃO PARA ATENDIMENTO DAS VÍTIMAS DE TABAGISMO. Apropriação dos lucros da atividade pelo agente econômico, sem suportar as consequências a ela diretamente associadas (Epidemia de tabagismo). NEXO DE CAUSALIDADE QUE RESULTA DO RECONHECIMENTO DA SITUAÇÃO EPIDEMIOLÓGICA. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO INDIVIDUAL DOS MILHARES DE CASOS DE DANOS CAUSADOS PELO TABAGISMO.

ENRIQUECIMENTO DOS FABRICANTES DE CIGARROS A CUSTA DA SOCIEDADE EM GERAL. CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL (ART. 3º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA).

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. ACESSO UNIVERSAL E IGUALITÁRIO (ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). MODELO DE FINANCIAMENTO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE PELA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS (ART. 198, §1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). Legitimação de todos os entes a quem incumbe o financiamento do Sistema Único de Saúde, nos termos da Constituição, para exercício da pretensão de ressarcimento dos custos com o tratamento de saúde das vítimas de tabagismo.

VIOLAÇÃO DO ACESSO IGUALITÁRIO AOS SERVIÇOS DE SAÚDE EM FACE DA CONCENTRAÇÃO DOS RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS PARA CUSTEIO DE EXTERNALIDADE NEGATIVA DE CERTA E DETERMINADA ATIVIDADE ECONÔMICA. SUBSÍDIO CRUZADO, COM RECURSOS PÚBLICOS, PARA TRATAMENTO DOS DANOS CAUSADOS PELA FABRICAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE CIGARROS, SEM QUE O AGENTE ECONÔMICO QUE LHES DÁ CAUSA SUPORTE OS RESPECTIVOS CUSTOS.

DA CONSULTA

1. Honra-nos a Associação de Controle do Tabagismo, Promoção da Saúde e dos Direitos Humanos – ACT Promoção da Saúde –, com consulta relativa à existência de pretensão da União de ressarcimento das despesas efetuadas, no âmbito do Sistema Único de Saúde, para tratamento dos pacientes com doenças associadas ao tabagismo, frente aos fabricantes de produtos derivados do tabaco (especialmente cigarros). Informa que União, por intermédio da Advocacia-Geral da União, ingressou com Ação Civil Pública perante a 1ª Vara Federal de Porto Alegre (Ação Civil Pública 5030568-38.2019.4.04.7100), autuada em 21 de maio último, tendo por objeto, precisamente, a preensão de ressarcimento das despesas que efetuou a este título, por intermédio do Sistema Único de Saúde.

2. Observa, a consulente, que, conforme é de amplo conhecimento público, o consumo de produtos derivados do tabaco, especialmente cigarros, dá causa a dependência química da nicotina, o que é referido na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde como "transtornos mentais e comportamentais devido ao uso do fumo" (CID-10- F 17), inclusive com síndrome de dependência (F 17.2), que tem como características: 1) desejo poderoso de tomar a droga; 2) dificuldade de controlar o consumo; 3) utilização persistente apesar das suas consequências nefastas; e 4) prioridade dada ao uso da droga em detrimento de outras atividades e obrigações. E, igualmente, síndrome (estado) de abstinência (F 17.3), síndrome de abstinência com delirium (F 17.4) e transtorno psicótico (F 17.5), dentre outros.

3. Refere que os cigarros e outros produtos contendo tabaco são elaborados de modo a criar e manter a dependência, que muitos de seus compostos e a fumaça que produzem são farmacologicamente ativos, tóxicos, mutagênicos, e cancerígenos, razão pela qual a dependência do tabaco é classificada, separadamente, como uma enfermidade, pela classificação internacional de doenças (CID).

4. Observa que a nicotina é o princípio ativo responsável pelas propriedades narcóticas e inebriantes do cigarro. Quando um cigarro é consumido, a nicotina alcança o sangue arterial através da fumaça inalada que chega aos pulmões do fumante, atingindo assim os receptores nicotínicos de acetilcolina do sistema nervoso central. Esse processo, desencadeado a partir de uma tragada em um cigarro, faz com que a nicotina atinja o cérebro do fumante em 10 a 20 segundos. Os efeitos psicoativos da nicotina – causadores de dependência – resultam da ativação desses receptores neuronais: de prazer, de relaxamento, de estimulação psíquica, tranquilizante, antidepressivo, regulador do apetite e do peso. Daí é que, imediatamente após a exposição à nicotina, há uma estimulação das glândulas suprarrenais, com a consequente descarga de adrenalina, que estimula o corpo causando uma liberação repentina de glicose, assim como um aumento na pressão sanguínea, na frequência cardíaca e respiratória. Além disso, a nicotina aumenta os níveis de dopamina (um dos principais compostos orgânicos responsáveis pelo desejo de consumir drogas) nos circuitos de recompensa do cérebro.

5. Trata-se, o tabagismo, por isso, de doença crônica recorrente –dependência química -, pela qual o fumante tem a necessidade tanto física quanto psicológica de usar a nicotina, uma potente substância psicoativa, estimulante do sistema nervoso central capaz de alterar o estado de consciência do seu usuário, que recorre a essa droga apesar do reconhecimento dos malefícios causados a sua saúde. O seu uso decorre do fato de o tabagista não suportar a queda do nível de nicotina na corrente sanguínea. Essa condição gera grande desconforto e sintomas de fissura, que desaparecem rapidamente após a primeira tragada, quando o indivíduo repõe a nicotina, levando a uma grande sensação de alívio, prazer, euforia e relaxamento muscular.

6. Registra que inúmeras pesquisas internacionais dão conta de que, por seu poder viciante, a nicotina é protagonista na iniciação e na dificuldade de interromper o consumo de cigarros. De modo a haver consenso científico no sentido da inexistência de livre arbítrio no tabagismo, em razão da dependência causada pela nicotina. Informa que pesquisa conduzida pelo Instituto Nacional do Câncer (INCA), órgão do Ministério da Saúde para desenvolvimento e coordenação das ações integradas para a prevenção e o

controle do câncer no Brasil, em parceria com a Universidade de Waterloo, revelou que 91% dos entrevistados reportam serem dependentes do cigarro, com 52% sendo categorizados como "muito dependentes". Além disso, que 91% dos fumantes brasileiros arrependem-se de ter começado a fumar.

7. Da mesma forma, dados divulgados pelo INCA dão conta que a idade média para iniciação do tabagismo no país é de 16 anos de idade.[1] Segundo a Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar do IBGE, do ano de 2015, a experimentação do cigarro foi de 18,4%, entre os estudantes do 9º ano do ensino fundamental.[2] Esta realidade se agrava se for considerado que, em muitos casos, o marketing de venda dos cigarros é direcionado a crianças e adolescentes.[3]

[1] http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/observatorio_controle_tabaco/site/home/dados_numeros/prevalencia-de-tabagismo.

[2] BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Coordenação de Indicadores Sociais. Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar: 2015. Rio de Janeiro: IBGE, 2016, pág. 56. (https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv97870.pdf)
Também no Brasil, o Estudo de Riscos Cardiovasculares em Adolescentes (ERICA), com a participação de 74.589 adolescentes de 12 a 17 anos de municípios com mais de 100 mil habitantes, constatou que 18,5% haviam fumado pelo menos uma vez na vida: FIGUEIREDO, V. C.; SZKLO, A.S.; COSTA, L.C.; KUSCHNIR, M.C.C.; SILVA, T.L.N.; BLOCH, K. V. *et al. ERICA: prevalência de tabagismo em adolescentes brasileiros.* Revista de Saúde Pública. 2016; 50(supl 1): 12s. (http://www.scielo.br/pdf/rsp/v50s1/pt 0034-8910-rsp-S01518-87872016050006741.pdf)]

[3] Sobre os efeitos dessa política, no Brasil, bem sumariza Nota Técnica elaborada pelo Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA), do Ministério da Saúde: "*as empresas continuam a investir de forma central em estratégias para aproximar os adolescentes, fonte principal de reposição de potenciais consumidores de seus produtos. Documentos internos dessas empresas, abertos ao público, descrevem o quanto é vital para seus negócios investir no desenvolvimento e na disseminação de propagandas que associam seus produtos, especialmente os cigarros, a aspirações dos adolescentes, no desenvolvimento de embalagens coloridas e atraentes sempre posicionadas em destaque ao lado de balas e chicletes nos pontos de venda, no uso de aditivos que dão sabores adocicados e mascaram o gosto ruim do tabaco e em estratégias para manter os baixos preços de seus produtos. A eficiência dessas táticas tornou o tabagismo uma doença pediátrica, pois 90% dos fumantes iniciam-se no tabagismo antes dos 18 anos. São jovens que, na maioria dos casos, entrarão no caminho da dependência e das estatísticas de adoecimento e mortes relacionadas ao tabagismo na vida adulta. E, a cada tentativa dos governos para conter essas estratégias por meio de leis e regulações, as empresas mobilizam-se em contrário, por vezes por meio de seus aliados, conquistados via doações e parcerias. Essa é uma realidade em vários países onde essas empresas atuam, inclusive no Brasil". Nota técnica: quanto custa receber doações da indústria do tabaco? O art. 5.3 da Convenção- -Quadro da Organização Mundial da Saúde para o Controle do Tabaco – a proteção das políticas públicas de controle do tabagismo* / MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional do Câncer. Nota técnica. Quanto Custa Receber Doações da Indústria do Tabaco? 2017. Disponível em: <http://www1.inca.gov.br/inca/Arquivos/livro-conicq-artigo5.3.pdf> (R++258).

8. Neste caso, há estudo que confirma o perigo das primeiras experiências de uso de cigarro,[4] uma vez que, segundo pesquisas realizadas a partir da autópsia de fumantes, o cérebro possui altas concentrações de receptores de nicotina, e o aumento desses receptores ocorre logo no dia seguinte ao primeiro uso de cigarro, bastando um dia para o cérebro se modificar em resposta a uma primeira dose de nicotina.[5]

9. Porém, para além da dependência química, efeito mais deletério do consumo de cigarros diz respeito aos danos à saúde dos consumidores, considerando-se que, segundo a Organização Mundial de Saúde, o tabagismo é a principal causa de morte evitável no mundo.

10. A fumaça do tabaco compreende mistura tóxica e cancerígena de milhares de substâncias químicas. A fumaça inalada pelo fumante de cigarro possui componentes químicos tóxicos significativos como arsênico, hidrocarbonetos aromáticos policíclicos [benzo(a)pireno], nitrosaminas específicas do tabaco, aldeídos (acroleína, formaldeído), monóxido de carbono, cianeto de hidrogênio, óxidos de nitrogênio, benzeno, aminas aromáticas (nicotina, 4-aminobifenil) e alcalóides de harmala, além do elemento radioativo polônio-210.

11. De acordo com a literatura médica, sintetizada nas Diretrizes sobre Tabagismo elaboradas pela Associação Médica Brasileira (AMB), em 2009, existem mais de cinquenta doenças relacionadas ao tabagismo, atingindo principalmente os aparelhos respiratório (doença pulmonar obstrutiva crônica – DPOC, algumas doenças intersticiais, agravamento da asma), cardiovascular (aterosclerose arterial coronariana, acidente vascular cerebral, aneurisma, tromboangeite obliterante, associação tabaco-anovulatório), digestivo (refluxo gastroesofágico, ulcera péptica, doença de Crohn, cirrose hepática), genitourinário (disfunção erétil, infertilidade, hipogonadismo, nefrite), neoplasias malignas (cavidade oral, faringe, esôfago, estomago, pâncreas, cólon, reto, fígado e vias biliares, rins, bexiga, mama, colo de útero, vulva, leucemia mielóide), na

[4] DI FRANZA, J. R. *Hooked from the first cigarette*. The Journal of Family Practice, Parsippany, v. 56, n. 12, p.1017-1022, 2007 (https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/18444329).
[5] BERNWELL, M. et al. *Evidence that tobacco smoking increases the density of (3H) nicotine binding sites in human brain*. Journal of Neurochemistry, London, v. 50, p. 1243-1247, 1988 (https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/3346676).

gravidez e no feto (infertilidade, abortamento espontâneo, descolamento prematuro da placenta, placenta prévia, pré-eclampsia, gravidez tubária, menor peso ao nascer, parto prematuro, natimortos, mortalidade neonatal, malformações congênitas, prejuízo no desenvolvimento mental em idade escolar) e outras (envelhecimento da pele, psoriase, osteoporose, artrite reumatóide, doença periodental, cárie dental, estomatites, leucoplasias, língua pilosa, pigmentação melânica, halitose, queda das defesas imunitárias).

12. Relatórios apresentados nos Estados Unidos da América, desde 1964, pelo Surgeon General of the United States – principal autoridade pública norte-americana de saúde – dá conta que os cigarros evoluíram para os produtos atuais altamente viciantes e mortais, uma vez que a queima de tabaco produz uma complexa mistura química de mais de 7.000 compostos que causam uma ampla gama de doenças e mortes prematuras. Aliás, o primeiro relatório Surgeon General, em 1964, associou o tabagismo ao câncer de pulmão, considerado um marco histórico para a saúde pública. Desde então, diversas pesquisas foram produzidas com evidências conclusivas sobre os males do tabagismo.

13. O mais recente Relatório do Surgeon General foi publicado em 2014 (The health consequences of smoking – 50 years of progress: a report of the Surgeon General – tradução livre para: As consequências do tabagismo para a saúde – 50 anos de progresso: um relatório do Surgeon General) traz uma compilação dos estudos e conclusões produzidos em 50 anos que comprovam a relação entre o tabagismo e cânceres, doenças respiratórias, doenças cardiovasculares, diabetes, doenças imunológicas e autoimunes, efeitos sobre a reprodução, doença ocular, piora do estado geral de saúde e mortalidade geral.

14. A relação de doenças e outros efeitos adversos à saúde causados pelo tabagismo e pela exposição de fumantes passivos à fumaça foi expandida, e este último Relatório conclui que os fumantes de hoje estão sujeitos a um risco muito maior de câncer de pulmão e doença pulmonar obstrutiva crônica do que estavam em 1964, embora fumando um número menor cigarros, e que não há um nível seguro de exposição ao fumo passivo.

15. No Brasil, o Instituto Nacional do Câncer, divulgou alentado estudo intitulado *"Carga de doença atribuível ao uso do tabaco no Brasil e potencial no impacto no aumento de preços por meio de impostos"*,[6] com base nos dados de 2015, no qual dá conta que 428 pessoas morrem por dia por causa do tabagismo, de modo que 12,6% de todas as mortes ocorridas no país podem ser atribuídas a esta causa. Da mesma forma, segundo este estudo, o tabagismo seria causa de doenças cardíacas em 477.470 pessoas, doenças pulmonares obstrutivas crônicas em 378.594 pessoas, pneumonia em outras 121.152 pessoas, acidentes vasculares cerebrais em 59.509 pessoas, câncer de pulmão em 26.850 pessoas, e outros cânceres associados ao consumo de cigarros em 46.650 pessoas.[7]

16. Outro dado do estudo dá conta do custo econômico originado pelas doenças associadas ao tabagismo, concluindo que o Brasil tem um prejuízo anual de R$ 56,9 bilhões de reais. Desse total, R$ 39,4 bilhões de reais são gastos com despesas médicas e R$ 17,5 bilhões com custos indiretos ligados à perda de produtividade, causada por incapacitação de trabalhadores ou morte prematura. Por outro lado, refere que a arrecadação de impostos com a venda de cigarros no país é de R$ 12,9 bilhões, o que gera saldo negativo de R$ 44 bilhões por ano.

17. Registra a consulente, então, que parte expressiva dos custos relativos a despesas com assistência médica, que tem o montante total de R$ 39,4 bilhões de reais (dados de 2015), são suportados diretamente pelo Estado brasileiro, e custeados por intermédio de impostos, uma vez que as vítimas das doenças decorrentes do tabagismo recorrem para

[6] PINTO, M.; BARDACH, A.; PALACIOS, A.; BIZ, A. N.; ALCARAZ, A.; RODRÍGUEZ, B.; AUGUSTOVSKI, F.; PICHON-RIVIERE, A. *Carga de doença atribuível ao uso do tabaco no Brasil e potencial impacto do aumento de preços por meio de impostos*. Documento técnico IECS N° 21, p. 19. Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria, Buenos Aires, Argentina. Maio de 2017 (https://www.iecs.org.ar/wp-content/uploads/Reporte-completo.pdf).

[7] Dentre as doenças cuja causa seja associada ao tabagismo, estão: a) os cânceres de bexiga, colo do útero, colorretal, esôfago, rim, laringe, leucemia mieloide aguda, fígado (carcinoma hepatocelular), pulmão, cavidade oral e faringe, pâncreas e estômago; b) as doenças cardiovasculares: aneurisma da aorta abdominal, aterosclerose (doença vascular periférica), doença cerebrovascular e doença coronariana; c) doenças respiratórias: tuberculose, doença pulmonar obstrutiva crônica, hiperdesenvolvimento pulmonar durante a infância e a adolescência; outras doenças: diabetes, degeneração neovascular relacionada à idade e atrófica, fratura de quadril, periodontite, baixa densidade óssea após a menopausa, úlcera péptica (em portadores de Helicobacter pylori). Além disso, o tabagismo concorre para o agravamento de diversas outras doenças respiratórias ou seus sintomas crônicos.

tratamento de saúde, aos serviços públicos organizados no âmbito do Sistema Único de Saúde.

18. Neste particular, refere que o art. 19, 1 da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco, assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003, ratificada pelo Governo brasileiro em 3 de novembro de 2005, e promulgada pelo Decreto nº 5.658, de 2 de janeiro de 2006, prevê como compromisso dos Estados signatários que:

> "1. Para fins de controle do tabaco, as Partes considerarão a adoção de medidas legislativas ou a promoção de suas leis vigentes, para tratar da responsabilidade penal e civil, inclusive, conforme proceda, da compensação."

19. Por outro lado, destaca nos esclarecimentos que requer, sobre a relevância ou não do fato da atividade de fabricação e comercialização de cigarros, ser permitida no direito brasileiro.

20. Neste sentido, oferece consulta para a qual formulou as seguintes perguntas:

A) Considerando a contribuição do tabagismo para a causação de diversas doenças cujo tratamento vem sendo suportados por recursos públicos direcionados ao custeio do Sistema Único de Saúde, é a União titular de pretensão de ressarcimento frente às empresas fabricantes de cigarro que o comercializam em território nacional?

B) O fato de que a fabricação e comercialização de cigarros é atividade permitida no Brasil, repercute sobre eventual responsabilidade das empresas fabricantes pelo ressarcimento das despesas a que se refere a pergunta anterior?

D A R E S P O S T A:

21. A resposta às perguntas feitas pela consulente pressupõe, em uma primeira parte, o exame dos pressupostos da responsabilidade civil no direito brasileiro aplicáveis aos danos causados pelo tabaco – em especial no que diz respeito às demandas já decididas no Brasil, na qual em sua grande maioria foram julgadas improcedentes, afastando a responsabilidade dos fabricantes de cigarros –, em comparação à situação da presente consulta, em que se trata de pretensão de ressarcimento ao Erário de despesas realizadas pelo Sistema Único de Saúde, com o custeio do tratamento de saúde de pessoas vítimas do tabagismo. Em um segundo momento, busca-se examinar, nos termos da consulta, a repercussão do fato da fabricação e comercialização do cigarro se caracterizarem como atividades permitidas no Brasil sobre eventual pretensão de ressarcimento das despesas realizadas com recursos públicos para custeio do tratamento de saúde de pessoas acometidas de doenças causadas pelo tabagismo.

I PARTE – A PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO DAS VÍTIMAS POR DANOS CAUSADOS POR TABAGISMO E A PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DO ERÁRIO PELO CUSTEIO DE DESPESAS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE COM TRATAMENTOS PARA ENFERMIDADES DECORRENTES DO TABAGISMO

A) Estágio atual do reconhecimento da pretensão de reparação e danos às vítimas do tabagismo no direito brasileiro.

22. O reconhecimento dos danos causados pelo consumo de cigarros, produto de comprovado risco à saúde veio acompanhada, em diversos sistemas jurídicos, da necessária admissão de existência da pretensão de reparação. Uma vez identificada a contribuição do cigarro como causa de diversas enfermidades, algumas de suas vítimas, sejam os próprios consumidores de cigarros ou seus herdeiros (no caso de dano morte), passaram a exercer sua pretensão reparatória contra os fabricantes, sob o argumento da

periculosidade inerente do produto, assim como de sua contribuição como causa direta dos danos experimentados.

23. Fundamentam a pretensão de reparação civil das vítimas uma série de argumentos, dentre os quais a própria ciência dos fabricantes quanto aos danos causados pelo consumo do cigarro e sua omissão em informar ao público, e aos consumidores, acerca deste fato. Assim como a utilização da nicotina com a finalidade de causar dependência química nos consumidores – dando causa a um vício que suprimiria a possibilidade de interromper o consumo ao longo do tempo. Da mesma forma, a adoção de estratégia de publicidade, ao longo de décadas, vinculando o cigarro, e seu consumo, a imagens de vida saudável, força, empatia, dentre outros conceitos positivos, fez-se sem a adequada advertência quanto a riscos graves já conhecidos pelos fabricantes, o que passou a se dar apenas com a imposição de dever específico pela legislação – no caso brasileiro, gradualmente, a partir do final da década de 1980.

24. De outro lado, os argumentos dos fabricantes para eximir-se da responsabilidade pela reparação dos danos causados pelo consumo de cigarro, reunidos em aprofundados pareceres juntados nas diversas demandas judiciais,[8] distinguem a licitude da fabricação e comércio do produto, que apesar de oferecer risco, por si só não permite que seja identificado como defeituoso (o que é pressuposto da responsabilidade do fornecedor no sistema do Código de Defesa do Consumidor). Da mesma forma, sustentarão que se trata de assunção voluntária de risco pelo consumidor, o que afastaria o comportamento do fornecedor, ao colocar o produto no mercado, como causa de eventuais danos que veio a sofrer,[9] e ainda que não restaria demonstrado ser a nicotina substância capaz de promover a dependência química do fumante. Porém, o argumento jurídico mais destacado em defesa da posição do fabricante será o da ausência de prova da causalidade, nas demandas individuais, entre a enfermidade da vítima e suas consequências, e o consumo de cigarro. Será sustentado que, por se tratar de doenças originadas por diferentes causas, cumulativa ou isoladamente, não estaria

[8] Boa parte deles reunidos e publicados em: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.) *Estudos e pareceres sobre livre arbítrio, responsabilidade e produto com risco inerente: o paradigma do tabaco. Aspectos civil e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

[9] MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória. Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. *Revista dos Tribunais*, v. 812. São Paulo: RT, jun./2003, p. 75-99.

suficientemente demonstrado, em cada caso, o nexo de causalidade entre a oferta do produto no mercado, bem como suas características, e o dano sofrido pelas vítimas.

25. Tais argumentos são seguidos de outros, que embora não estritamente jurídicos, buscaram desencorajar o reconhecimento da pretensão de indenização, sustentando que seria moralmente questionável o "enriquecimento" da vítima ou seus familiares em razão de um dano que, se admitido, tem sua causa determinante em comportamento voluntário da própria vítima. Ou ainda, o argumento *ad terrorem* econômico, de que a concessão de indenização a todos os consumidores vítimas do cigarro daria causa a desembolsos de tal monta, que inviabilizariam a atividade econômica lícita dos fabricantes.

26. Em parecer de caso individual no qual era discutido a existência da pretensão de reparação dos familiares pela morte de vítima que comprovadamente havia consumidor cigarros por mais de quarenta anos, um dos signatários deste parecer já sustentava o cabimento da indenização, especialmente, pelas seguintes razões:[10]

> a) Com fundamento no dever de boa-fé, que é anterior à sua positivação no Código de Defesa do Consumidor (1990) e no Código Civil (2002), uma vez que se trata de princípio jurídico existente em nosso ordenamento jurídico ao menos desde 1850, com o Código Comercial brasileiro; e a partir dele, especialmente nas relações entre um expert (fabricante, fornecedor) e um leigo (comprador, consumidor), o dever de informar, cooperar, tratar com lealdade e esclarecer fatos e riscos relevantes, que tendo sido violado, dá causa à indenização. Tanto em matéria de responsabilidade do fabricante pelo fato do produto pode-se seguir as teorias negociais (em que a boa-fé como fonte criadora de deveres de lealdade, de informação e de cuidado aproxima ao regime

[10] MARQUES, Claudia Lima. Violação do dever de boa-fé de informar corretamente. Atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha. Nexo causal entre a falha/defeito de informação e defeito de qualidade nos produtos de tabaco e o dano final morte. Responsabilidade do fabricante do produto. Direito a ressarcimento dos danos materiais e morais, sejam preventivos, reparatórios ou satisfatórios. *Revista dos Tribunais*, v. 835. São Paulo: RT, maio/2005, p. 75-133.

contratual ou da culpa in contrahendo), quanto teorias que sustentam a responsabilidade extracontratual (na qual a boa-fé inova ao modificar o nexo de imputação, que passa a ser violação de dever de conduta segundo a boa-fé, ao imputar objetivamente ao fabricante o dever de informar com lealdade, e de não gerar, em vão, a confiança do consumidor);

b) Uma vez reconhecido o dever de informar do fornecedor profissional sobre fato que sabia ou deveria saber por décadas, sobretudo os riscos e a periculosidade conhecida e não-notória para os leigos, que deviam ter sido informados, havendo omissão intencional (dolosa) da informação pelo fabricante. Isto é demonstrado pelo fato da omissão intencional desta informação, causadora mais tarde de dano e, portanto, violadora da liberdade contratual (autonomia da vontade, *ex vi* arts. 94 e 159 do CC/1916);

c) O comércio de tabaco caracteriza-se pelo significativo apelo à publicidade, e associa intencionalmente (e culposamente, ou violando a boa-fé se for preferido) o seu produto a conceitos diversos dos malefícios causados à saúde; esta atividade publicitária massiva despertaria a confiança do consumidor em relação às informações ali trazidas, a influenciar sua livre escolha do produto e a caracterizar a *culpa in contrahendo*;

d) Mesmo se, ad argumentandum, fosse admitida a "culpa" (sua deliberação voluntária) do consumidor ao consumir cigarros, esta não seria exclusiva, de modo a estar presente hipótese de concorrência entre comportamentos da vítima e do fabricante ao ofertar o produto no mercado sem as informações adequadas sobre seu risco conhecido – o que caracteriza concorrência de culpas ou de causas, sem exclusividade que poderia afastar a responsabilidade do fabricante;

e) As funções da indenização a ser reconhecida como devida seriam reparatórias e compensatórias, não se confundindo com seu caráter punitivo.

27. Contudo, ressalte-se que, salvo exceções, a jurisprudência brasileira orienta-se majoritariamente em não reconhecer a pretensão de reparação, sob o argumento, justamente, da ausência de demonstração do nexo de causalidade entre o consumo de cigarro e as enfermidades desenvolvidas pelas vítimas, e suas consequências danosas à saúde, inclusive a morte.

28. Neste sentido, decide o Superior Tribunal de Justiça:

> "RESPONSABILIDADE CIVIL. TABAGISMO. AÇÃO REPARATÓRIA AJUIZADA POR FAMILIARES DE FUMANTE FALECIDO. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. PRODUTO DE PERICULOSIDADE INERENTE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DEVER JURÍDICO RELATIVO À INFORMAÇÃO. NEXO CAUSAL INDEMONSTRADO. TEORIA DO DANO DIREITO E IMEDIATO (INTERRUPÇÃO DO NEXO CAUSAL). IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL.
>
> 1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC quando o acórdão, de forma explícita, rechaça todas as teses do recorrente, apenas chegando à conclusão desfavorável a este. Também inexiste negativa de prestação jurisdicional quando o Tribunal de origem aprecia a questão de forma fundamentada, enfrentando todas as questões fáticas e jurídicas que lhe foram submetidas.
>
> 2. A pretensão de ressarcimento do próprio fumante (cuja prescrição é quinquenal, REsp. 489.895/SP), que desenvolvera moléstias imputadas ao fumo, manifesta-se

em momento diverso da pretensão dos herdeiros, em razão dos alegados danos morais experimentados com a morte do fumante. Só a partir do óbito nasce para estes ação exercitável (actio nata), com o escopo de compensar o pretenso dano próprio. Preliminar de prescrição rejeitada.

3. O cigarro é um produto de periculosidade inerente e não um produto defeituoso, nos termos do que preceitua o Código de Defesa do Consumidor, pois o defeito a que alude o Diploma consubstancia-se em falha que se desvia da normalidade, capaz de gerar uma frustração no consumidor ao não experimentar a segurança que ordinariamente se espera do produto ou serviço.

4. Não é possível simplesmente aplicar princípios e valores hoje consagrados pelo ordenamento jurídico a fatos supostamente ilícitos imputados à indústria tabagista, ocorridos em décadas pretéritas - a partir da década de cinquenta -, alcançando notadamente períodos anteriores ao Código de Defesa do Consumidor e a legislações restritivas do tabagismo.

5. Antes da Constituição Federal de 1988 - raiz normativa das limitações impostas às propagandas do tabaco -, sobretudo antes da vasta legislação restritiva do consumo e publicidade de cigarros, aí incluindo-se notadamente o Código de Defesa do Consumidor e a Lei n.º 9.294/96, não havia dever jurídico de informação que impusesse às indústrias do fumo uma conduta diversa daquela por elas praticada em décadas passadas.

6. Em realidade, afirmar que o homem não age segundo o seu livre-arbítrio em razão de suposta "contaminação propagandista" arquitetada pelas indústrias do fumo, é afirmar que nenhuma opção feita pelo homem é genuinamente livre, porquanto toda escolha da pessoa,

desde a compra de um veículo a um eletrodoméstico, sofre os influxos do meio social e do marketing. É desarrazoado afirmar-se que nessas hipóteses a vontade não é livre.

7. A boa-fé não possui um conteúdo per se, a ela inerente, mas contextual, com significativa carga histórico-social. Com efeito, em mira os fatores legais, históricos e culturais vigentes nas décadas de cinquenta a oitenta, não há como se agitar o princípio da boa-fé de maneira fluida, sem conteúdo substancial e de forma contrária aos usos e aos costumes, os quais preexistiam de séculos, para se chegar à conclusão de que era exigível das indústrias do fumo um dever jurídico de informação aos fumantes. Não havia, de fato, nenhuma norma, quer advinda de lei, quer dos princípios gerais de direito, quer dos costumes, que lhes impusesse tal comportamento.

8. Além do mais, somente rende ensejo à responsabilidade civil o nexo causal demonstrado segundo os parâmetros jurídicos adotados pelo ordenamento. Nesse passo, vigora do direito civil brasileiro (art. 403 do CC/02 e art. 1.060 do CC/16), sob a vertente da necessariedade, a "teoria do dano direto e imediato", também conhecida como "teoria do nexo causal direto e imediato" ou "teoria da interrupção do nexo causal".

9. Reconhecendo-se a possibilidade de vários fatores contribuírem para o resultado, elege-se apenas aquele que se filia ao dano mediante uma relação de necessariedade, vale dizer, dentre os vários antecedentes causais, apenas aquele elevado à categoria de causa necessária do dano dará ensejo ao dever de indenizar.

10. A arte médica está limitada a afirmar a existência de fator de risco entre o fumo e o câncer, tal como outros fatores, como a alimentação, álcool, carga genética e o

modo de vida. Assim, somente se fosse possível, no caso concreto, determinar quão relevante foi o cigarro para o infortúnio (morte), ou seja, qual a proporção causal existente entre o tabagismo e o falecimento, poder-se-ia cogitar de se estabelecer um nexo causal juridicamente satisfatório.

11. As estatísticas - muito embora de reconhecida robustez - não podem dar lastro à responsabilidade civil em casos concretos de mortes associadas ao tabagismo, sem que se investigue, episodicamente, o preenchimento dos requisitos legais.

12. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido."

(REsp 1113804/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 27/04/2010, DJe 24/06/2010)

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. FUMANTE.

EXERCÍCIO DO LIVRE-ARBÍTRIO. RUPTURA DO NEXO DE CAUSALIDADE.

VIOLAÇÃO AO ART. 535 NÃO CONFIGURADA.

1. Tendo o Tribunal a quo apreciado, com a devida clareza, toda a matéria relevante para a apreciação e julgamento do recurso, não há falar em violação ao art. 535 I e II do Código de Processo Civil.

2. É incontroverso nos autos que o Autor começou a fumar nos idos de 1.988, mesmo ano em que as advertências contra os malefícios provocados pelo fumo passaram a ser veiculadas nos maços de cigarro.

3. Tal fato, por si só, afasta as alegações do Recorrido acerca do desconhecimento dos malefícios causados pelo hábito de fumar, pois, mesmo assim, com as advertências,

explicitamente estampadas nos maços, Miguel Eduardo optou por adquirir, espontaneamente, o hábito de fumar, valendo-se de seu livre-arbítrio.

4. Por outro lado, o laudo pericial é explícito ao afirmar que não pode comprovar a relação entre o tabagismo do Autor e o surgimento da Tromboangeíte Obliterante.

5. Assim sendo, rompido o nexo de causalidade da obrigação de indenizar, não há falar-se em direito à percepção de indenização por danos morais.

6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

(STJ, REsp 886.347/RS, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), 4ª Turma, j. 25/05/2010, DJe 08/06/2010)

RECURSO ESPECIAL. PRELIMINARES. NULIDADE DO ACÓRDÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. FABRICANTE DE CIGARRO. MORTE DE FUMANTE. TROMBOANGEÍTE OBLITERANTE.

DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. LIVRE ARBÍTRIO DO CONSUMIDOR.

CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA. ATIVIDADE LÍCITA. MODIFICAÇÃO DOS PARADIGMAS LEGAIS. PRODUTO DE PERICULOSIDADE INERENTE. CASO CONCRETO. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO. REANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. AUTORIA. NÃO COMPROVAÇÃO. NEXO DE CAUSALIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. Caso concreto em que a recorrente foi responsabilizada objetivamente pelos danos morais sofridos pelos familiares de fumante, diagnosticado com tromboangeíte obliterante, sob o fundamento de que a morte decorreu do consumo, entre 1973 e 2002, dos cigarros fabricados pela empresa.

2. Não há deficiência de fundamentação na hipótese em que as premissas fáticas foram bem delineadas e a decisão foi embasada na análise do conjunto probatório, incluindo referências aos depoimentos testemunhais dos médicos que assistiram o falecido, assim como o cotejo entre o caso concreto e o entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca do tema.

3. Referências a textos científicos obtidos a partir de pesquisa realizada pelo magistrado não implicam, por si, nulidade ou violação do contraditório, quando utilizadas como mero reforço argumentativo.

A vedação jurídico-constitucional é de que o juiz produza provas diretamente, ultrapasse os limites dos pedidos das partes ou se distancie do caso concreto, comprometendo sua imparcialidade, o que não ocorreu.

4. Controvérsia jurídica de mérito exaustivamente analisada pela Quarta Turma nos leading cases REsp nº 1.113.804/RS e REsp nº 886.347/RS. Resumo das teses firmadas, pertinentes à hipótese dos autos: (i) periculosidade inerente do cigarro; (ii) licitude da atividade econômica explorada pela indústria tabagista, possuindo previsão legal e constitucional; (iii) impossibilidade de aplicação retroativa dos parâmetros atuais da legislação consumerista a fatos pretéritos; (iv) necessidade de contextualização histórico-social da boa-fé objetiva; (v) livre-arbítrio do indivíduo ao decidir iniciar

ou persistir no consumo do cigarro; e (vi) imprescindibilidade da comprovação concreta do nexo causal entre os danos e o tabagismo, sob o prisma da necessariedade, sendo insuficientes referências genéricas à probabilidade estatística ou à literatura médica.

5. A configuração da responsabilidade objetiva nas relações de consumo prescinde do elemento culpa, mas não dispensa (i) a comprovação do dano, (ii) a identificação da autoria, com a necessária descrição da conduta do fornecedor que violou um dever jurídico subjacente de segurança ou informação e (iii) a demonstração do nexo causal. 6. No que se refere à responsabilidade civil por danos relacionados ao tabagismo, é inviável imputar a morte de fumante exclusiva e diretamente a determinada empresa fabricante de cigarros, pois o desenvolvimento de uma doença associada ao tabagismo não é instantâneo e normalmente decorre do uso excessivo e duradouro ao longo de todo um período, associado a outros fatores, inclusive de natureza genética. 7. Inviável rever as conclusões do Tribunal estadual quanto à configuração do dano e ao diagnóstico clínico do falecido diante da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, procedimento vedado nos termos da Súmula nº 7/STJ.

8. Na hipótese, não há como afirmar que os produto(s) consumido(s) pelo falecido ao longo de aproximadamente 3 (três) décadas foram efetivamente aqueles produzidos ou comercializados pela recorrente.

Prova negativa de impossível elaboração.

9. No caso, não houve a comprovação do nexo causal, sob o prisma da necessariedade, pois o acórdão consignou que a doença associada ao tabagismo não foi a causa imediata

do evento morte e que o paciente possuía outros hábitos de risco, além de reconhecer que a literatura médica não é unânime quanto à tese de que a tromboangeíte obliterante se manifesta exclusivamente em fumantes. 10. Não há como acolher a responsabilidade civil por uma genérica violação do dever de informação diante da alteração dos paradigmas legais e do fato de que o fumante optou por prosseguir no consumo do cigarro em período no qual já havia a divulgação ostensiva dos malefícios do tabagismo e após ter sido especificamente alertado pelos médicos a respeito os efeitos da droga em seu organismo, conforme expresso no acórdão recorrido. 11. Aquele que, por livre e espontânea vontade, inicia-se no consumo de cigarros, propagando tal hábito durante certo período de tempo, não pode, doravante, pretender atribuir a responsabilidade de sua conduta a um dos fabricantes do produto, que exerce atividade lícita e regulamentada pelo Poder Público. Tese análoga à firmada por esta Corte Superior acerca da responsabilidade civil das empresas fabricantes de bebidas alcóolicas.

12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para restabelecer a sentença de primeiro grau que julgou improcedente a demanda indenizatória.

(STJ, REsp 1322964/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 22/05/2018, DJe 01/06/2018)

29. Contrapõem-se a este entendimento, sobretudo, dois acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. O primeiro, do ano de 2003, diz respeito a julgamento da Apelação Cível 70000144626, que reconheceu a responsabilidade da fabricante de cigarros pela morte do consumidor em razão de efisema pulmonar

decorrente do consumo por mais de 40 anos.[11] Entendimento este que foi reformado no julgamento de embargos infringentes, cuja decisão depois, foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça.

30. O segundo caso, mais recente, da Apelação Cível nº 70059502898, de relatoria do Des. Eugênio Fachini Neto, julgada em final de 2018, examina a demonstração do nexo de causalidade a partir do reconhecimento da causa concorrente entre o fabricante e a vítima (atribuindo percentual de 25% da causa do dano à vítima), de modo a condenar, em acordo com a prova estatística, "a indenizar o dano no mesmo percentual de probabilidade de causação da doença, tal como indicado pela ciência médica, que na hipótese de doença pulmonar obstrutiva crônica é de aproximadamente 85%." E diante da impossibilidade de demonstrar a marca de cigarros consumida pela vítima (em razão da decisão judicial que impediu a reabertura da fase de instrução), a condenação ao pagamento da indenização "pela média da quota de mercado que detinha, no Estado do Rio Grande do Sul, durante o período em que o marido da autora fumou". O argumento sofisticado trazido no acórdão coloca em destaque a teoria da *market share liability*, desenvolvido, sobretudo, no *common law*.[12]

---

[11] Refira-se, em especial, a dois acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. TABAGISMO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO AJUIZADA PELA FAMÍLIA. RESULTADO DANOSO ATRIBUÍDO A EMPRESAS FUMAGEIRAS EM VIRTUDE DA COLOCAÇÃO NO MERCADO DE PRODUTO SABIDAMENTE NOCIVO, INSTIGANDO E PROPICIANDO SEU CONSUMO, POR MEIO DE PROPAGANDA ENGANOSA. ILEGITIMIDADE PASSIVA, NO CASO CONCRETO, DE UMA DAS CO-RÉS. CARACTERIZAÇÃO DO NEXO CAUSAL QUANTO À OUTRA CO-DEMANDADA. CULPA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DECORRENTE DE OMISSÃO E NEGLIGÊNCIA, CARACTERIZANDO-SE A OMISSÃO NA AÇÃO. APLICAÇÃO, TAMBÉM, DO CDC, CARACTERIZANDO-SE, AINDA, A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INDENIZAÇÃO DEVIDA (...)" (TJRS, Apelação Cível Nº 70000144626, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, j. 29/10/2003).

[12] "APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. TABAGISMO. RESPONSABILIDADE CIVIL DA INDÚSTRIA DO FUMO. NEXO DE CAUSALIDADE. LAUDO MÉDICO QUE IMPUTA AO TABAGISMO A CAUSA DA MORTE. MULTIFATORIALIDADE QUE NÃO IMPEDE O ACOLHIMENTO DA DEMANDA. LIVRE-ARBÍTRIO. LIMITAÇÃO. INVOCABILIDADE APENAS PARCIAL DA IDEIA. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE DA IDEIA DE PERICULOSIDADE INERENTE. CULPA CONCORRENTE. APLICAÇÃO DA DOUTRINA DA MARKET SHARE LIABILITY. NEXO DE CAUSALIDADE. O simples fato de a doença que acometeu o marido da autora ser multifatorial (doença pulmonar obstrutiva crônica - DPOC) não exclui a probabilidade concreta de que a sua causa principal estava vinculada ao vício do tabagismo, como referido expressamente no atestado de óbito e no laudo pericial. Quanto ao nexo de causalidade, em praticamente todos os países ocidentais, seja a doutrina, seja a jurisprudência, ou até mesmo a legislação, vem lenta, mas firmemente aceitando que se acolham demandas indenizatórias mesmo na ausência de provas contundentes sobre o nexo de causalidade entre uma conduta e determinado dano. Contenta-se,

31. O culto e extenso voto do Desembargador Eugênio Facchini no caso em referência, a certa altura desenvolve argumento que associa à questão em exame neste parecer, razão pela qual merece transcrição (com as respectivas referências bibliográficas do original):

> "Alega-se, também, que as indústrias do fumo pagam muitos tributos, desempenhando importante papel na economia. Todavia, também é certo que o custo econômico causado à previdência social somente em razão de tratamentos de doenças relacionadas ao fumo supera em muito o valor desse ingresso. De fato, dados de 2012 apontam que o Brasil gasta cerca de 21 bilhões de reais anuais em tratamento de doenças relacionadas ao cigarro[13], o que representa valor cerca de 3,5 vezes superior à arrecadação de impostos incidentes sobre produtos do tabaco, segundo denunciou a Associação Médica Brasileira[14]. Portanto, para a sociedade civil como um todo, mesmo examinando-se apenas os aspectos econômicos envolvidos, a indústria do fumo é um peso (literalmente) morto, não um benefício. E isso sem falar dos dramas humanos envolvidos – com mortes lentas e dolorosas para os diretamente envolvidos e dor e sofrimento para os incontáveis parentes daqueles[15].

---

por vezes, com um juízo de séria probabilidade, à luz de dados científicos como são as estatísticas e as conclusões de especialistas em determinadas áreas (medicina, por exemplo). O objetivo de tal mudança é facilitar a sorte processual de vítimas, em demandas judiciais contra alegados causadores dos danos.(...)" (TJRS, Apelação Cível Nº 70059502898, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Eugênio Facchini Neto, j. 18/12/2018)

[13] Segundo estudo da Fundação Oswaldo Cruz, publicado no Jornal O Estado de São Paulo, edição de 31.05.2012.

[14] EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS SOBRE TABAGISMO PARA SUBSÍDIO AO PODER JUDICIÁRIO. Projeto Diretrizes, da AMB. Documento elaborado pela Associação Médica Brasileira; Ministério da Saúde/Instituto Nacional de Câncer; Aliança de Controle do Tabagismo. 2013, p. 40.

[15] Situação assemelhada é vivida em outros países: dados do Canadá revelam que, em 2002, o Ministério da Saúde estimou os custos atribuídos ao tabagismo em 15,8 bilhões de dólares, ao passo que naquele

> Como já foi dito, a equação supra está a revelar que a indústria do fumo privatiza os lucros e socializa os custos[16], suportados, em grande parte, pelo Sistema Único de Saúde (e indiretamente por toda a sociedade).
>
> Esses custos, por óbvio, são percebidos em todos os países. Na Itália, por exemplo, há estudos comprovando que o fumante custa para o sistema de saúde pública: 80% mais do que um não-fumante para as doenças cardíacas; 1.000% a mais para tumores pulmonares; 25% a mais para o complexo dos demais tumores; 100% a mais para as doenças respiratórias crônicas; 10% a mais para as patologias obstétricas e neonatais. Tais cifras somadas representam um excesso global de custos sanitários relacionados ao fumo na ordem de 40%[17], o que representaria 5 bilhões de euros. Além desse custo, estima-se uma perda de outros 10 bilhões de euros anuais, a título de custos sociais (perda de riqueza por doença e morte prematura)[18]."

32. Como se viu, a responsabilidade do fabricante pelos danos causados individualmente às vítimas de tabagismo, deste modo, apesar das decisões isoladas e de sólido entusiasmo doutrinário em sentido contrário,[19] não vem encontrando eco na jurisprudência dominante brasileira.

---

mesmo ano o governo do Canadá arrecadou apenas 7,4 bilhões de dólares em tributos no setor fumo. QUÉBEC COALITION FOR TOBACCO CONTROL. Update on smoking costs to society. Montréal, 2004. Disponível em: http://www.cqct.qc.ca/Documents_docs/ETUD_04_01_15_GroupeDAnalyseCourTabacENG.PDF. A situação é substancialmente a mesma em todos os países.

[16] Nesses termos, FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 827.

[17] GARATTINI, Silvio; LA VECCHIA, Carlo. *Il fumo in Italia: prevenzione, patologie & costi*. Milano: Kurtis, 2005, p. 2s.

[18] BALDINI, Gianni. *Il danno da fumo – Il problema della responsabilità nel danno da sostanze tossiche*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 35.

[19] Este é o entendimento defendido, dentre outros, por: PASQUALOTTO, Adalberto. O direito dos fumantes à indenização. *Revista da Ajuris*, v. 41. Porto Alegre: Ajuris, março/2014, p. 13-45; PEDREIRA, Adriana do Couto Lima, *Responsabilidade civil das empresas fabricantes de fumo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 82; DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade Civil e Tabagismo no Código de*

33. **As questões apresentadas pela consulente, contudo, embora se relacionem, naturalmente, com a discussão sobre a reparabilidade dos danos das vítimas do tabagismo, com elas não se confundem.** Afinal, não se trata de saber sobre o direito à reparação por danos sofridos em cotejo do que seria o próprio comportamento da vítima e sua relevância para a imputação ou exclusão do dever de indenizar. Mas, partindo-se do fato que é cientificamente incontroverso, qual seja, a contribuição do tabagismo para o surgimento e desenvolvimento de diversas doenças, trata-se de determinar sua repercussão nos serviços públicos de saúde, especialmente quanto às despesas a que dá causa, e a existência da pretensão de seu ressarcimento ao Erário.

34. Para tanto, examina-se, a seguir, a efetividade do direito fundamental à saúde, a partir de seu marco constitucional e a estrutura institucional da prestação do serviço público de saúde.

B) O direito fundamental à saúde e a estrutura institucional de prestação do serviço público de saúde no Brasil.

35. O direito fundamental à saúde é assegurado pela Constituição da República, em seu art. 196, nos seguintes termos:

> "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

36. Compreende, portanto o direito da população em geral a ser contemplada por políticas públicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos assim como o acesso universal e igualitário a serviços de saúde.

Defesa do Consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 109; TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade objetiva e risco: a teoria do risco concorrente*. São Paulo: Método, 2012.

37. Estes serviços de saúde são serviços públicos, assim entendidos aqueles prestados para satisfação de interesses da coletividade, ou, segundo dicção doutrinária, "toda atividade materia que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente público".[20] Ou ainda, "a atividade consistente na oferta de utilidade ou comodidade material fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade e cujo desempenho entende que deva se efetuar sob regiime de direito público, isto é, outorgador de prerrogativas capazes de assegurar a preponderância do interesse no serviço e de imposições necessárias para protegê-lo contra condutas comissivas ou omissivas de terceiros ou dele próprio gravosas a direitos ou interesses dos administrados em geral e dos usuários do serviço em particular".[21]

38. No direito brasileiro, o serviço público de saúde organiza-se a partir das coordenadas definidas na Constituição da República. Neste particular, o art. 197 da Constituição dispõe:

> "Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado."

39. No tocante às diretrizes das ações e serviços públicos de saúde e seu custeio, define o art. 198 da Constituição:

> "Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um

[20] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, cit.
[21] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, cit..

sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1°. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2° A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3°.

§ 3° Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2°;

> II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;
> III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;
> § 4° Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação."

40. Os serviços de saúde, no sistema jurídico brasileiro, se inserem no conceito mais amplo de seguridade social, que abrange, igualmente, os recursos atinentes à previdência social e à assistência social, nos termos da Constituição. Seu custeio se dá por fontes diversas de receitas públicas, formando um sistema complexo, de modo a cumprir a determinação de que 'será financiada por toda a sociedade, de forma direta ou indireta, nos termos da lei". Assim, o art. 195 da Constituição da República:

> "Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
> I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:
> a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
> b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

§ 1° As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.

§ 2° A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

§ 3° A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

§ 4° A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

§ 5° Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

§ 6° As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou

modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b".

§ 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.

§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho.

§ 10. A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos.

§ 11. É vedada a concessão de remissão ou anistia das contribuições sociais de que tratam os incisos I, a, e II deste artigo, para débitos em montante superior ao fixado em lei complementar.

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, serão não-cumulativas.

§ 13. Aplica-se o disposto no § 12 inclusive na hipótese de substituição gradual, total ou parcial, da contribuição

incidente na forma do inciso I, a, pela incidente sobre a receita ou o faturamento.

41. Dentro do orçamento da seguridade social definido nos marcos fixados pela Constituição, as ações e serviços de saúde, de modo específico, observam vinculação normativa com a aplicação de certo percentual das receitas, em comum pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. No caso da União, estão vinculados ao custeio das ações e serviços de saúde pública o percentual mínimo de 15% da receita corrente líquida do exercício financeiro respectivo.

42. A Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, ao disciplinar os precentuais mínimos a serem aplicados em saúde, define em seu art. 5º:

> "Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual."

43. Já os Estados e o Distrito Federal devem aplicar, anualmente, o percentual mínimo de 12% da arrecadação de impostos de sua competência, e dos recursos de transferência da União, deduzidas as parcelas correspondentes aos Municípios, conforme o art. 6º da Lei Complementar nº 141/2012:

> "Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea "a" do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal,

> deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios."

44. Os Municípios, de sua vez, obrigam-se à aplicação de percentual mínimo de 15% da arrecadação dos impostos de sua competência e dos recursos que receba por transferência constitucional, conforme dispõe o art. 7º, da Constituição:

> "Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea "b" do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal."

45. Da mesma forma, para a prestação do serviço público de saúde, definiu a Constituição que se deve estabelecer um Sistema Único de Saúde, cuja estrutura institucional é definida pela Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, que, dentre outras ações, executa a "assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica" (art. 6º, I, "d").

46. Define a Constituição da República que o acesso às ações e serviços de saúde, para sua promoção, proteção e recuperação, deve ser **universal** e **igualitário** (art. 196). A Lei que estrutura o Sistema Único de Saúde, de sua vez, ao definir as diretrizes da execução dos serviços de saúde, prevê, dentre outros, a **universalidade** do acesso aos serviços, assim como a **integralidade** da assistência, *"entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema"* (art. 7º, I e II, da Lei 8.080/90).

47. Da mesma forma, o art. 2º da Lei que estrutura o Sistema Único de Saúde, ao tempo em que reafirma a saúde como direito fundamental, e define o conteúdo do dever estatal na promoção do acesso às ações e serviços de saúde, e a redução dos riscos de

doenças e outros agravos, consigna também, que este não exclui o dever das pessoas da da família, das empresas e da sociedade:

> "Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.
> § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.
> § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade."

48. Para o atendimento dos pacientes com enfermidades causadas pelo tabagismo, neste caso, utiliza-se o serviço público de saúde nas mesmas condições dos demais usuários, de modo gratuito, uma vez custeados estes serviços segundo o modelo de financiamento do sistema. Da mesma forma, mesmo com a existência de vinculações orçamentárias para custeio dos serviços de saúde – o que sinaliza, sobretudo, a importância que o constituinte definiu à realização deste direito fundamental – é notória a carência de recursos para atendimento das diretrizes expressas de universalidade e integralidade da sua execução.

49. Neste particular justifica-se o questionamento da consulente quanto à possibilidade de ressarcimento, sobretudo, em vista do fato de que, em razão da atividade econômica de finalidade lucrativa dos fabricantes de cigarros, se estabelece um custo específico suportado pelos recursos orçamentários destinados à saúde pública, em relação ao tratamento das doenças relacionadas ao tabagismo.

50. Afinal, diferente do que é entendimento majoritário na jurisprudência brasileira quando não reconhece a pretensão de indenização da vítima de tabagismo frente ao

fabricante, sobretudo sob a argumento da ausência de demonstração do nexo de causalidade, ou da assunção voluntária do risco mediante exercício do livre arbítrio ao escolher fumar, no caso dos custos de atendimento do Sistema Único de Saúde, não há conduta subjetiva a ser ponderada. Ao contrário, os recursos financeiros que suportam o serviço público de saúde tem origem nos tributos pagos pelos contribuintes, e que compreendem o Erário. Destaque-se, tanto contribuintes que podem eventualmente ser eles próprios consumidores de cigarros e vítimas de tabagismo, quanto outros (inclusive, expressiva maioria), que não o são. Neste particular, o caráter limitado dos recursos destinados aos serviços de saúde pública torna aqueles que são canalizados especificamente para o tratamento de doenças causadas pelo tabagismo mais necessários e indispensáveis.

51. A delimitação da questão proposta coloca em destaque se assiste ao Estado em sentido lato (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), pretender em relação àqueles que não apenas dão causa, mas obtêm vantagem econômica diretamente vinculada a atividade que gera os custos suportados pelos recursos públicos, o ressarcimento das despesas realizadas com esta finalidade.

52. As despesas relativas aos serviços de saúde pública destinados ao tratamento das vítimas de tabagismo caracterizam-se, deste modo, como espécie de externalidade negativa da fabricação e comercialização de cigarros. Afinal, seus custos são suportados por todos os cidadãos que pagam tributos cuja destinação constitucional e legal, em parte, vincula-se a uma diversidade de ações e serviços de saúde pública. Porém, são privados dos benefícios específicos que teriam direito a fruir, em razão da exaustão de recursos no custeio do tratamento das doenças específicas causadas pelo tabagismo que resulta do consumo promovido pela atividade econômica dos fabricantes de cigarros.

53. Note-se, neste particular, que a tendência, na responsabilidade civil, é do alargamento do nexo de causalidade, de modo a considerar-se "também responsável aquele que proporciona um risco de dano, calcando-se esta responsabilidade no princípio da responsabilidade social que deve estar presente em todas as relações

sociais".[22] No caso em exame, o risco de dano à saúde, que reverte em efetivo prejuízo ao Erário (na medida em que a vantagem econômica conserva-se ao fabricante de cigarros que exerce a atividade), contrapõe-se diretamente à noção de solidariedade social (art. 3°, I, da Constituição da República).

54. O princípio da solidariedade social é um dos pilares do Estado de Direito, e vem expresso no art. 3.°, I, da CF/1988: "*Art. 3.° Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.*".[23] José Afonso da Silva, ao comentar o dispositivo de abertura da Constituição da República, afirma:

> "O que a Constituição quer, com esse objetivo fundamental, é que a República Federativa do Brasil construa uma ordem de homens livres, em que a justiça distributiva e retributiva seja um fator de dignificação da pessoa e em que o sentimento de responsabilidade e apoio recíprocos solidifique a ideia de comunidade fundada no bem comum. Surge aí o signo do Estado Democrático de Direito, voltado à realização da justiça social...".[24]

55. Se o princípio impõe realmente um efeito distribuitivo e retribuitivo, a doutrina retira dele um dever fundamental de promover a sustentação dos gastos sociais,

> "... projeto que depende de deveres recíprocos, ou seja,

---

[22] MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 20.

[23] CAMPELLO, Lívia Gaigher Bósio; SANTIAGO, Mariana Ribeiro, Relações de consumo na perspectiva do princípio da solidariedade social: a função solidária dos contratos de consumo, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 99/2015, p. 71 – 98, Maio - Jun / 2015, p. 71 ss. As autoras recordam que este princípio está presente em outras constituições no mundo, como na "Constituição portuguesa dispõe, em seu art. 1.°, que "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária", e a Constituição italiana prevê, em seu art. 2.°, que "a República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social".

[24] SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 46-47.

> dos particulares em contribuir para a manutenção dos gastos públicos e do Estado em promover adequada destinação das receitas orçamentárias, conforme a regra da transparência e de submissão ao escrutínio da sociedade."[25]

56. E mais, como princípio constitucional ou vetor axiológico, impõe uma necessidade de tratar igualmente todas as indústrias de um mesmo mercado, e não privilegiar a indústria do tabaco, por exemplo. Novamente, como bem pondera a doutrina, "a solidariedade pressupõe desigualdade. Ela age no espaço da diferença, sendo a desigualdade o pressuposto necessário para sua ação. (...) A igualdade é o fim da solidariedade, e a desigualdade, seu objeto".[26]

57. Não se deixa de questionar, ao situar nestes termos a questão objeto do presente parecer, que uma vez admitida a pretensão estatal em reaver os recursos utilizados no tratamento de doenças decorrentes do tabagismo, há possibilidade do mesmo raciocínio ser reproduzido em relação a todas as demais causas de fruição do serviço público de saúde. De outro modo, admitido que o fabricante de cigarros deva ressarcir as despesas públicas com o tratamento de doenças decorrentes do tabagismo, se qualquer outra pessoa que cause agravo à saúde alheia, em razão do qual seja necessário recorrer ao serviço público de saúde, também devesse fazê-lo. Por exemplo, o condutor que, culposamente, atropelasse alguém seria constrangido, além da indenização devida à vítima, também a ressarcir os custos do hospital público onde esta gratuitamente foi internada para reestabelecer-se. Ou mesmo aquele que comprovadamente tenha transmitido doença que deu causa à utilização dos serviços públicos de saúde pela pessoa infectada, teria de ressarcir os custos daí decorrentes.

58. A precisão quanto à similitude ou não dos casos enfrenta, desde logo, uma pergunta decisiva: o sistema de financiamento da saúde pública no Brasil admite a

[25] Assim, SOUZA, Ademilson Lima de; FABRIZ, Daury César. O dever fundamental de promover a sustentação dos gastos públicos e a solidariedade social tributária, in *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 108/2013, p. 59 – 85, Jan - Fev / 2013, p. 60ss.
[26] DI LORENZO, Wambert Gomes. *Teoria do Estado de solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 132

pretensão de ressarcimento do Estado em relação àqueles que dão causa a eventos que determinam a utilização dos serviços públicos de saúde custeado por todos? Não nos parece haver uma resposta abrangente de todas as situações que dão causa à utilização do serviço público de saúde. É inconteste que o sistema de seguridade social estatal se estrutrura, de um lado, para prevenir e atender as consequências de determinados riscos sociais, como é o caso de infortúnios diversos que dão causa a ações de assistência ou previdência social, e também os riscos à saúde, atendidos pelo serviço público de saúde.

59. Em relação aos exemplos mencionados, do condutor que, culposamente, causa o atropelamento, ou daquele que transmite doença, tratam-se de riscos ordinários da vida comunitária, para os quais o sistema de seguridade social, segundo a Constituição, prevê formas de atendimento a partir do esforço público de custeio por intermédio de tributos. Haveria, deste modo, um dano a ser reparado? De regra não. Dano, em sentido lato, compreende a ideia de uma diminuição do patrimônio jurídico da vítima, ou como já afirmamos em outro lugar, "toma o sentido de perda, uma lesão a um patrimônio compreendido em sentido amplo como conjunto de bens e direitos de que seja titular a pessoa. É lesão a interesses juridicamente protegidos. Ou a diminuição ou supressão de uma situação favorável reconhecida ou protegida pelo direito."[27]

60. Sendo o serviço público de saúde organizado para o fim de realizar o atendimento à saúde da população, a rigor, naquilo que são riscos ordinários da vida social não se deve entender, em tese, como uma "perda" ou "lesão" do Erário pela utilização dos recursos que se destinam especificamente ao financiamento de estrutura que assegure a exata finalidade de atender estes serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.

61. Resulta daí, porém, a questão de se tais situações se distinguem, substancialmente, daquela que associa os fabricantes de cigarros às vítimas do tabagismo, e às despesas do sistema público de saúde com seu atendimento, em razão das doenças vinculadas ao consumo do produto. A própria possibilidade de ressarcimento em situações específicas foi objeto de atenção do legislador, como é o caso da Lei dos Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde (Lei 9.656, de 3 de

[27] MIRAGEM, Bruno. *Direito civil. Responsabilidade civil.* São Paulo: Saraiva, 2015, p. 155.

junho de 1998), ainda que fundada na existência de contrato cujo objeto se vincula à prestação de serviços de saúde com finalidade lucrativa ao particular que os oferta.[28]

62. Deve ser examinada, pois, qual a natureza da pretensão do Estado que se dirija ao ressarcimento dos custos do atendimento de saúde às vítimas do tabagismo. E em seguida, os elementos característicos da situação que autorizem distinguir a situação das demais em que se verifica a utilização do serviço público do saúde.

II PARTE – 'RISCO-CONTROLE': PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DO ERÁRIO DOS CUSTOS DE ATENDIMENTO DE MASSA À SAÚDE DAS VÍTIMAS DE TABAGISMO MESMO FACE À LICITUDE DA ATIVIDADE DE FABRICAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE CIGARROS NO BRASIL.

63. *Cujus commodum, ejus periculum*. A máxima romana parece atual para ser fundamento da pretensão de ressarcimento do Erário, agora pelo 'risco-controle', assim compreendido como o risco que criaram os fabricantes de cigarros e expõe há anos seus consumidores e o sistema de saúde brasileiro. Os fabricantes de cigarros que atuam no Brasil, parte dos quais tem uma atuação global, já reconheceram, em outros países como os EUA, sua responsabilidade pelos danos de massa causados aos sistemas de saúde.

[28] Dispõe o art. 32, caput, da Lei 9.656/1998, que "serão ressarcidos pelas operadoras (...) os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS." A norma em destaque teve sua constitucionalidade atestada pela decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1931/DF, ainda que fundada, sobretudo, na existência do contrato cujo objeto (prestação de serviços de saúde em caso de necessidade/interesse do assistido/segurado) definiria uma obrigação de atendimento a esta finalidade. Nas palavras do voto do relator, Min. Marco Aurélio, "se a atuação dos planos de saúde envolve o ressarcimento de hospitais e clínicas privados pela prestação de serviços de saúde, a gratuidade do Sistema Único de Saúde desobriga o reembolso? A resposta mostra-se negativa. Embora o Poder Público atue gratuitamente em relação aos cidadãos, não o faz no tocante às entidades cuja atividade-fim é justamente assegurar a cobertura de lesões e doenças. Cabe distinguir os vínculos constitucional, entre Estado e cidadão – artigo 196 da Constituição Federal –, obrigacional, entre pessoa e plano de saúde, e legal, entre Estado e plano de saúde – artigo 32 da Lei nº 9.656/1998. A escolha do agente privado de atuar na prestação de relevantes serviços à saúde, de forma concorrente com o Estado, pressupõe a responsabilidade de arcar integralmente com as obrigações assumidas. A norma impede o enriquecimento ilícito das empresas e a perpetuação de modelo no qual o mercado de serviços de saúde submeta-se unicamente à lógica do lucro, ainda que às custas do erário. Entendimento em sentido contrário resulta em situação em que os planos de saúde recebem pagamentos mensais dos segurados, mas os serviços continuam a ser fornecidos pelo Estado, sem contrapartida." (STF, ADI 1931/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/02/2018; DJ 08/06/2018) Neste particular, vale mencionar

64. No Brasil, a tese parece ser nova, e podemos usar a expressão 'risco-controle' para descrever o fundamento desta responsabilidade, pois há 'controle' dos fornecedores do mercado brasileiro (no grau de nicotina, de sabor, no design, na falta ou tipo de informação, na publicidade ligando cigarro ao esporte e à saúde etc.) e aceitação do risco (comprovado internacionalmente e negado nacionalmente) de causar danos de massa na sociedade brasileira e seu mercado nacional (art. 196 c/c art. 170 da Constituição da República). Além, é claro, do 'risco-proveito', com lucro/proveito sobre esta transferência dos custos dos danos de massa causados pelo tabagismo. Vejamos a tese.

A) Natureza da pretensão de ressarcimento ao Erário dos custos de atendimento à saúde das vítimas de tabagismo.

65. As doenças causadas pelo tabagismo, amplamente documentadas pela ciência,[29] não foram reconhecidas, majoritariamente, como causas de danos indenizáveis a consumidores de cigarros no Brasil, em especial sob três argumentos já mencionados, da licitude da fabricação e comércio, de que o consumo é exercício de livre arbítrio do consumidor e da ausência de demonstração do nexo de causalidade. No caso de demandas individuais, reclama-se, como regra, indenização dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes do tabagismo e das doenças a que dá causa. É pretensão de indenização, de recomposição do patrimônio do agravado ou a compensação de danos irreparáveis, a partir da demonstração da existência das condições para a responsabilidade civil. Como é sabido, exige-se que a conduta ou atividade do agente vincule-se, por uma relação de causalidade, ao dano cuja indenização é reclamada.

66. No caso da pretensão de ressarcimento ao Erário a que se refere esta consulta, pode ser tomada também como pretensão de indenização, a considerar que a utilização de serviços públicos custeados por recursos do orçamento público para tratamento de vítimas de tabagismo é dano ressarcível, cuja causa se atribua aos fabricantes de

[29] U.S. Department of Health and Human Services. The Health Consequences of Smoking—50 Years of Progress A Report of the Surgeon General. Atlanta, GA: U.S. Department of Health and Human Services, Centers for Disease Control and Prevention, National Center for Chronic Disease Prevention and Health Promotion, Office on Smoking and Health, 2014. Disponível em: https://www.surgeongeneral.gov/library/reports/50-years-of-progress/full-report.pdf

cigarros que dão origem à necessidade de haver tal tratamento. Porém a pretensão objeto do exame neste parecer não cogita danos individuais, cuja demonstração *in concreto* vem sendo entendida, pela jurisprudência brasileira, como de difícil demonstração expressa, mas em termos estatísticos, e segundo o estágio da ciência e da técnica atual, é plenamente admitido que parcela de certas doenças que vitimam os consumidores de cigarros tem, justamente neste consumo, sua causa determinante. Neste caso, qual será esta parcela e a extensão de possível reparação, uma vez que não se verifique individualmente, compreende o juízo relativo à extensão e conteúdo dos danos, determinados na oportunidade de sua liquidação, e não no juízo de imputação.

67. Ou como já tivemos a oportunidade de distinguir:

> "A determinação do nexo de causalidade na responsabilidade civil tem duas funções: identificar quem é o autor material do dano, aí compreendidos não apenas quem desenvolveu atuação direcionada à realização do dano, como também o conteúdo da responsabilidade, delimitando até onde este autor, ou a quem a lei expressa atribua o dever de indenizar, irá responder. Trata-se do que, no direito alemão, distingue-se como o nexo de causalidade como fundamento da constituição da obrigação de indenizar (haftungsbegründende Kausalität), e, em segundo lugar, para o preenchimento dessa relação de responsabilidade (haftungsausfüllende Kausalität), visando definir a extensão da indenização."[30]

68. O dano indenizável é o dano injusto, dependendo sua imputação a um determinado devedor da dívida de indenização o seu vínculo lógico com a causa determinante do dano (nexo de causalidade), ou uma determinada imputação legal de responsabilidade – caso, por exemplo, das hipóteses de responsabilidade solidária definidas em lei, independente da relação causal dos co-obrigados com o que

[30] MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil.* São Paulo: Saraiva, 2015, p. 221-222.

determinou o dano. Em que medida se deu a contribuição do agente imputável em relação a outras condições para a realização do dano, uma vez que não se exclua sua participação no resultado, é matéria para a determinação da extensão do dano e eventual redução da indenização, na hipótese de concorrência de causas. Esta concorrência de causas, quando atribuídas a pessoas diversas da vítima, caracterizam a concausalidade, fundamento para a imputação de responsabilidade solidária pelo dever de indenizar, tomado em consideração mais de um autor do dano. É o que dispõe tanto o art. 942, caput, em sua parte final, do Código Civil, quanto o art. 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

69. Assim o art. 942, caput do Código Civil:

> "Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação."

70. Igualmente, dispõe o parágrafo único do art. 7º do Código de Defesa do Consumidor:

> "Art. 7º - ...
> Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo."

71. No caso de haver concorrência de causas entre o autor do dano e a vítima, não é afastada a imputação de responsabilidade do causador do dano, apenas reduzida sua extensão em razão da contribuição causal da vítima, nos termos em que o Código Civil segue a denominar como culpa concorrente, no seu art. 945:

> "Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se

em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano."

72. No caso dos danos causados pelo tabagismo, mesmo que, por vezes, se admitam dificuldades na demonstração individual, em cada vítima, da relação entre o desenvolvimento de uma série de doenças e o tabagismo, é incontroverso, segundo o estágio atual da ciência, a afirmação de que contribui com o surgimento de diversas enfermidades. Se em razão destas enfermidades há custos suportados por terceiros que não são o fabricante ou a vítima, mas o próprio Estado, em representação da coletividade, ao menos em tese é possível qualificar este custo como dano, desde quando admitido que, se não houvesse o evento atribuível aos fabricantes de cigarro, ou mesmo aos próprios consumidores (*ad argumentandum*, em razão do próprio consumo), não haveria diminuição ou sacrifício de recursos públicos no custeio do tratamento da saúde das vítimas de doenças causadas ou favorecidas pelo tabagismo.

73. Em perspectiva coletiva, ao pressupor indissociável o consumo de cigarros e a série de doenças cujo tratamento é realizado no âmbito do serviço público de saúde, pode-se considerar ou presumir a causalidade em relação aos custos que oneram o Erário. Neste particular, cumpre registrar que a doutrina brasileira, ao examinar o cabimento da presunção de causalidade, apoia-se em três parâmetros fundamentais: a impossibilidade objetiva da prova do nexo de causalidade, o desenvolvimento de atividade altamente arriscada e a verificação de dano tipicamente associada à atividade realizada.

74. Tais parâmetros justificariam, com fundamento na repartição de riscos sociais, a atribuição, por juízo probabilístico da imputação de responsabilidade ao autor da atividade, com fundamento em presunção que desta mesma atividade resultaria o dano.[31]

[31] MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 295-297.

75. Em sentido mais amplo, fundado na ideia de atividade perigosa e exposição a risco, Giselda Hironaka – eminente Professora da Universidade de São Paulo – sustenta a ideia de presunção de responsabilidade (responsabilidade pressuposta), que termina por abranger também a presunção de causalidade, com fundamento na probabilidade elevada de dano em razão de determinada atividade.[32]

76. Nestes termos, sendo certa a aptidão para causação de dano do consumo de cigarros, segundo demonstrado pela literatura científica, o dano coletivo decorrente da utilização de recursos públicos para custear o tratamento das doenças causadas pelo tabagismo resulta daí evidenciado, inclusive por estudos de saúde pública que explicitam e quantificam tais despesas – caso, por exemplo, do estudo já mencionado, que aponta em R$ 39,4 bilhões de reais os custos médicos diretos no Brasil, no ano de 2015 (incluído os sistemas público e privado de assistência à saúde).

77. É evidente que, reconhecida a causa de imputação de responsabilidade aos fabricantes pelas despesas decorrentes do consumo de cigarros, o exato montante dos recursos despendidos deverão ser objeto de liquidação, oportunidade em que devem ser apuradas as despesas realizadas pelo sistema de saúde pública.

78. Resta examinar, porém, no tocante ao juízo de imputação de responsabilidade por dano pelo uso de recursos públicos para tratamento das vítimas de tabagismo, qual fundamento de sua atribuição aos fabricantes de cigarros.

79. O Código de Defesa do Consumidor imputa a responsabilidade objetiva dos fornecedores por danos causados aos consumidores por produtos defeituosos (art. 12). Da mesma forma, o Código Civil, em seu art. 927, parágrafo único, imputa a responsabilidade independentemente de culpa pelos danos causados em razão de atividades de risco. Assim, a norma civil: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

[32] HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte; Del Rey, 2005, p. 336 e ss.

80. No caso da responsabilidade dos fornecedores, definida pelo CDC, é uníssono o entendimento de que o fundamento da imputação se deve ao denominado risco proveito, ou seja, de que a responsabilidade legal pelos danos causados é atribuída àquele que obtém vantagem econômica da atividade que dá causa ao risco. Em relação à cláusula geral de responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, dividem-se os que sustentam também seu fundamento no denominado risco proveito (identificando aquele que tenha proveito econômico da atividade geradora de risco), e os que identifiquem sua fonte no denominado risco criado – pelo qual a responsabilidade pela reparação do dano se dirige àquele que deu causa ao risco, independentemente de demonstrar-se seu proveito econômico com a atividade em questão.

81. Não há dúvida do proveito dos fabricantes de cigarro em relação à venda do produto aos consumidores, parte da finalidade própria de sua atividade econômica, a justificar o fundamento da responsabilidade por danos em face do denominado risco proveito. Porém, no caso, trata-se de produto cujos danos ao consumidor são conhecidos do fabricante há longo tempo,[33] sem que tivesse havido qualquer espécie de atuação para sua mitigação ou prevenção. Ao contrário, são notórios e amplamente divulgados os esforços das empresas fabricantes de cigarros para ocultar as informações científicas que já conheciam, acerca dos danos causados pelo produto que fabricavam.

82. Como é fartamente documentado, já em 1954, executivos da indústria de tabaco, nos Estados Unidos da América, afirmavam que desconheciam riscos do consumo de cigarros, voltando a afirmar o mesmo em outras ocasiões.[34] A partir do aumento do consumo de cigarros, a partir das décadas de 40 e 50 do século passado, em 1964 é

[33] Refira-se, a este respeito, a conhecida decisão da juíza Gladys Kessler, no caso *United States v. Philip Morris USA, Inc.*, ao referir que "os réus comercializaram e venderam seu produto letal com zelo, com fraude, visando exclusivamente seu sucesso financeiro e sem levar em conta a tragédia humana ou os custos sociais que esse sucesso exigia." *U.S. District Judge Gladys Kessler's Final Opinion: Summary of Findings Against the Tobacco Industry*, p. 4. Disponível em: https://senate.ucsf.edu/tobacco/dckessler-99-2496-082006a.pdf.

[34] Assim informação de THIELE, Cristian. *Die Zivilrechtliche Haftung der Tabakindustrie (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht - Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht*, vol. 115), Tübingen: Mohr Verlag, 2003, p. 23 e nota 77.

lançado o conhecido *Surgeon General's Report on Smoking and Health*, primeiro estudo científico médico sobre as consequências do consumo do cigarro como causa de câncer de pulmão, bronquite crônica, bem como o aumento dos riscos de morte por efísema e doenças coronárias.[35] Apenas a partir dele inicia-se uma atuação do Estado no sentido de compelir as empresas a informar sobre os danos causados pelo consumo de tabaco.[36]

83. Informações mais detalhadas já detidas pelos fabricantes sobre os malefícios do consumo de cigarros, contudo, permaneceram ocultas do público em geral até o final do século XX, quando foram divulgadas, entre 1988 e 1992, por um ex-funcionário de uma das empresas, que copiou e deu acesso a cerca de 70.000 páginas de documentos internos, divulgados amplamente a partir de 1995.[37] Será esta sucessão de fatos, aliada à epidemia de tabagismo, que reforçará a estratégia da aprovação de uma convenção internacional visando a redução dos danos causados pelo tabaco, como definiu a diplomacia brasileira ao encaminhar as negociações sobre a adesão do país aos seus termos:

> *El Convenio marco representa un aspecto clave de una estrategia mundial encaminada a reducir la inadimissible carga de mortalidad y morbilidad directamente*

[35] JACOBSON, Peter D. e WASSERMAN, Jeffrey. "*Tobacco Control Laws - Implementation and Enforcement*", Rand P., Washington, 1997, pp. 4-5: "*Cigarette smoking increased dramatically from 1930 on, with the greatest percentage of gains during and immediately following World War II. In 1945, 267 billion cigarettes were sold, 12 percent more than in 1944, 48 percent more than in 1940, and 124 percent more than in 1930 (Wagner, 1971) ... by the 1940s, scientific reports began to associate smoking with cancer, heart disease, and other adverse health effects. Evidence mounted in the 1950s (Kluger, 1996). In the 1964, the first 'Surgen General's Report on Smoking and Health' was published. The report concluded that smoking was causally related to lung cancer, thaht it was the most important cause of chronic bronchitis, that it increased the risk of dying from chronic bronchitis and emphysema, and that it was related to coronary disease.*"

[36] Conforme ensinam Jacobson e Wasserman, "*in response to the 1964 Surgeon General's report on smoking Congress enacted the Cigarrete Labeling and Advertising Act in 1965, which required health warnings on all cigarette packages. The act superseded proposed Federal Trade Commission (FTC) rules requiring that manufactures disclose on all packaging and advertisements that 'cigarette smoking is dangerous to health' and 'may cause death from cancer and other diseases.' Instead, the act mandated the following warning on cigarette packaging: 'Caution: Cigarette smoking may be hazardous to your health.' In 1967, the Federal Trade Communications Commission (FCC) ruled that the 'fairness doctrine' applied to cigarette commercials. As a result, all broadcastaers who carried cigarette advertising were required to provide equal time to warn the public cigarettes ...*"JACOBSON, Peter D. e WASSERMAN, Jeffrey. "*Tobacco Control Laws - Implementation and Enforcement*", Rand P., Washington, 1997, p. 6.

[37] THIELE, Cristian, *Die Zivilrechtliche Haftung der Tabakindustrie*, p. 22.

atribuibles al consumo de tabaco." ("Carta del Embajador Luiz Felipe de Seixas Corrêa", Organização Mundial da Saúde, Doc. A/FCTC/INB6/3, p. 1, 13 de janeiro de 2003)[38]

84. Embora não tenha expressamente disposto sobre a responsabilidade das empresas fabricantes pelos danos causados pelo produto aos seus consumidores e à coletividade, é afirmado, pela doutrina especializada, a importância da responsabilização também como instrumento de prevenção e controle das consequências lesivas do cigarro.[39] Isso é especialmente relevante para efeito, inclusive, de contenção das práticas comerciais utilizadas para a colocação do produto no mercado e suas estratégias de marketing frente ao consumidor.

85. Será o reconhecimento destes danos, inclusive, a causa das ações dos vários Estados norte-americanos contra os fabricantes de cigarros, que fundamentarão a celebração de acordo entre as partes para pagamento de ressarcimento pela despesa pública com o tratamento de doenças causadas pelo tabagismo (os custos públicos das consequências do tabagismo), conhecido como *Tobacco Master Settlement Agreement.* Trata-se de acordo para por fim a uma série de ações propostas pelos Procuradores-Gerais de diversos Estados americanos, assim como para evitar a proposição de ações por parte dos demais, visando, dentre outras obrigações, o ressarcimento dos custos dos Estados com o tratamento de saúde das vítimas de doenças associadas ao tabagismo. Tendo sido celebrados acordos isolados, inicialmente, pelos Estados de Minnesota, Flórida, Mississipi e Texas, com as cinco principais fabricantes de cigarro dos Estados Unidos da América, em seguida foi celebrado um acordo com os procuradores-gerais dos demais 46 estados norte-americanos, em razão do qual foram encerradas as demais ações de ressarcimento pendentes em contrapartida ao compromisso dos fabricantes de cigarro signatários de realizar prestações anuais e perpétuas de valores, com o objetivo

[38] Assim carta do Embaixador Luiz Felipe de Seixas Corrêa. *"Convenio Marco para el Control del Tabaco."* OMS, A/FCTC/INB6/3, p. 1, no original em espanhol: *"El convenio Marco representa un aspecto clave de una estrategia mundial encaminada a reducir la inadimisible carga de mortalidad y morbilidad directamente atribuibles al consumo de tabaco."*

[39] OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Convenção internacional do tabagismo. A celebração da convenção-quadro para controle do tabaco. *Revista de direito do consumidor*, v. 56. São Paulo: RT, 2005, p. 49-60.

de ressarcir os Estados das despesas relativas ao tratamento de doenças relacionadas ao tabagismo. Adotou-se nele o critério da participação de cada uma das empresas no mercado de consumo de cigarros para dividir-se, proporcionalmente, sua responsabilidade pelo pagamento dos respectivos valores (*Market share liability*). Deste modo, o pagamento das parcelas iniciou-se no ano 2000, em valor básico de U$ 4,5 bilhões de dólares norte-americanos, aumentando gradualmente para, a partir de 2018, corresponder ao valor de U$ 9 bilhões de dólares norte-americanos anuais (Cláusula "IX – PAYMENTS).[40]

86. Observe-se, ainda, que em decorrência do acordo, os fabricantes de cigarro ficaram obrigados à ampla divulgação de seus documentos internos,[41] assim como a restrições específicas na comercialização de seus produtos.[42] Após sua celebração, o acordo teve a adesão de dezenas de outros fabricantes de cigarro além dos signatários originais.

87. Nestas circunstâncias em que os fabricantes de cigarros tem plena ciência dos riscos inerentes ao consumo dos produtos que oferecem no mercado, sendo inegável sua contribuição para danos à saúde dos consumidores (danos de massa, conhecidos e controlados pelos fornecedores), é observado que apenas com a intervenção do Estado, determinando restrições à publicidade, ou mesmo à composição do produto, houve alguma atuação concreta visando mitigar riscos que lhe são inerentes. Isso não significa dizer, contudo, que não haja a possibilidade de controle sobre estes riscos ao longo do tempo, na medida em que conhecidos os efeitos do consumo do produto. Neste sentido, mais do que o simples proveito econômico – que fundamenta a responsabilidade independentemente de culpa prevista em lei (responsabilidade objetiva baseada no risco proveito) –, no caso da fabricação de cigarros, o comportamento dos fabricantes acentua a possibilidade real que tinham de atuar, modificando seu processo produtivo, ou pelo menos esclarecendo os consumidores quanto aos danos causados pelo tabaco e não o

[40] A íntegra do acordo, está em: https://publichealthlawcenter.org/sites/default/files/resources/master-settlement-agreement.pdf
[41] Veja-se em: https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/tobacco/
[42] JONES, Walter J.; SILVESTRI, Gerard A. The Master Settlement Agreement and Its Impact on Tobacco Use 10 Years Later - Lessons for Physicians About Health Policy Making. In: CHEST, vol. 137, n. 3, mar. de 2010. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3021365/> (R++284).

fizeram. Passaram apenas a advertir quanto aos riscos do produto quando obrigados por lei, e mesmo assim, com grande resistência. Isto porque, embora obrigados a promover a advertência em relação ao perigo dos produtos que ofertam, em muitas oportunidades buscam postergar ou impedir esta providência mediante questionamentos judiciais quanto ao seu cabimento. Todavia, detinham o controle do processo produtivo e dos riscos inerentes ao produto, que eram conhecidos há mais de 55 anos; isto é, ao menos, desde 1964 (com a publicação do relatório do *Surgeon General of the United States*, confirmando os danos causados pelo consumo de cigarros).

88. No Brasil, também o Código de Defesa do Consumidor, em vigor desde 1991 em vigor, impõe expressamente o dever de informação de riscos conhecidos (arts. 8º, 9º e 10), assim como a prevenção de riscos desenvolvidos, de forma a evitar danos de massa. O Código de Defesa do Consumidor impôs também, reforçando o que emergia como princípio e norma no sistema jurídico brasileiro mesmo antes de sua edição, a eficácia da boa-fé objetiva, tanto na prevenção dos danos individuais e coletivos, em especial os de massa, assim como a imposição do dever de informar e da atuação de boa-fé para evitar danos na sociedade de consumo (art. 4º , inciso III, c/c art. 6º, incisos I e IV, do CDC).

89. Em nosso entendimento, portanto, há aí fundamento que é mais do que simples proveito econômico da atividade, mas sim a oportunidade real de atuação visando reduzir os riscos de dano que, afinal, eram plenamente conhecidos e estavam submetidos, muitos deles, ao efetivo controle dos fabricantes de cigarros. É situação distinta do mero proveito, no qual alguém exerce atividade geradora de risco, e dela obtém vantagem econômica. Neste caso, não apenas detinha e detém o proveito econômico, como deixou de atuar no sentido de reduzir os riscos decorrentes da comercialização e consumo de cigarros, dando causa, pela falta de atuação (e informação) a danos de massa, ademais suportados tanto pelas vítimas quanto pelo Erário.

90. Mais ainda, observe-se que a conduta atual divergente dos fabricantes de cigarro – que mantêm suas operações nos Estados Unidos da América e no Brasil –, uma vez

que mesmo tendo celebrado lá um acordo específico de ressarcimento e série de obrigações positivas e negativas visando reduzir os danos causados pelo cigarro a toda a comunidade, mantêm-se inertes aqui. Por mais que se considere a óbvia identidade de riscos dos produtos comercializados em ambos os países – e ainda que se possa cogitar, inclusive, consequências mais severas dos danos à coletividade em face da notória carência de recursos para custeio dos serviços de saúde pública no Brasil, o controle exercido pelo fornecedor foi de risco e proveito, repassando-os todos os custos dos danos para a sociedade.

91. Algumas destas obrigações, inclusive, dizem respeito ao custeio de ações e pesquisas para redução do tabagismo, mitigando os efeitos da oferta e consumo de cigarros no mercado.[43] No caso do Brasil, contudo, não apenas não dão conta de iniciativas neste sentido como, tendo os fabricantes amplo controle sobre os riscos de danos à saúde de consumidores e, portanto, dentre outras, também suas consequências econômicas às vítimas ao sistema de saúde público custeado pelo Estado, deixam de atuar de boa-fé no sentido de mitigar a repercussão da oferta, consumo e dos danos causados pelo produto.

92. **Será, portanto, neste poder de controle sobre os efeitos do produto – em especial, a mitigação dos riscos de danos associados ao consumo – que se vincula um fundamento específico de responsabilização, que não é o simples proveito econômico, senão a oportunidade de agir para mitigar danos e, entretanto, não o fazer. Se é próprio da doutrina consagrada pela responsabilidade civil tratar do *risco proveito*, conforme já mencionamos, seja consentido denominar aqui, para bem distinguir a situação do fabricante de cigarros como parte de um *risco controle*. É este o fundamento da responsabilidade daquele que ao conceber o produto ou serviço, ou ao fabricá-lo, detém o amplo conhecimento quanto aos danos que ele pode causar, mas não age de boa-fé - mesmo tendo amplo controle de seu processo produtivo e meios para fazê-lo. É o que ocorre, no caso em exame como reconhecimento dos próprios fabricantes em situações análogas, bem demonstradas pela celebração do *Tobacco Master Settlement Agreement*, nos**

[43] Por exemplo, a cláusula VI, "f", 5, do Tobacco Master Settlement Agreement, disponível em: https://publichealthlawcenter.org/sites/default/files/resources/master-settlement-agreement.pdf

Estados Unidos da América, e que beneficia apenas o sistema de saúde norte-americano.

93. A possibilidade de controle do risco, e a inação dos fabricantes de cigarro ao deixar de atuar com este objetivo, distingue a situação em que é inequívoca a atribuição da causa de enfermidades vinculadas ao tabagismo - amparadas pela literatura médica- , de outras nas quais se recorre ao tratamento do sistema público de saúde. Há domínio sobre o risco e possibilidade de ação para reduzir os danos, cujas consequências também repercutem sobre as despesas do sistema público de saúde, porém inação dos fabricantes de cigarro para a adoção de providências neste sentido, inclusive aquelas semelhantes às adotadas em outros países, como o objetivo de alcançar maior ganho econômico.

B) Licitude da atividade de fabricação e comercialização de cigarros no Brasil e sua repercussão sobre a pretensão de ressarcimento.

94. Por fim, cumpre examinar se a licitude da atividade de fabricação e comercialização de cigarros no Brasil repercute sobre a pretensão de ressarcimento dos custos do sistema de saúde público com o tratamento de doenças relacionadas ao tabagismo.

95. Note-se que, até aqui, examinou-se a pretensão de ressarcimento na perspectiva da responsabilidade civil dos fabricantes de cigarro por um prejuízo suportado pelo Erário, espécie de dano coletivo, uma vez resultante do agravamento do uso de recursos do orçamento público para o custeio das despesas de saúde das vítimas de tabagismo. Porém, é necessário precisar se o fato de a atividade de fabricação e comercialização de tabaco ser lícita repercute na definição do dano injusto como condição da responsabilidade civil.

96. A injustiça do dano, embora originalmente fosse compreendida pelo fato de ter sido causado por um ato ilícito (ex vi art. 159 do Código Civil de 1916, art. 186 do Código Civil de 2002), com a expansão das situações de responsabilidade civil de natureza objetiva, baseada no risco de certas atividades ordinárias da vida de relações,

define-se a partir da interferência indevida na esfera jurídica alheia. De modo que não será a conduta em si, do agente, a causa do injusto, mas seu resultado concreto, que caracterize a intervenção não autorizada pelo direito na esfera jurídica da vítima. Será o caso das situações de responsabilidade independente de culpa, em que não há um ilícito considerado (nos termos da predeterminação legal do ilícito), mas um resultado antijurídico (o dano) e o controle que o fornecedor tinha durante anos da produção destes danos e das possibilidades de minimizá-los. Deste modo, desde já se deve considerar que, independentemente da licitude de qualquer atividade (em especial da atividade econômica), será o fato de causar atingir esfera jurídica alheia, a causa da denominada injustiça do dano.

97. Observe-se, neste particular, que parte dos argumentos relacionados pelos fabricantes de cigarros na defesa de sua irresponsabilidade nas ações individuais de vítimas do tabagismo não questionam o dano, mas a possibilidade de sua imputação em razão de comportamento atribuível à própria vítima – em especial o livre arbítrio da vítima fumante em decidir consumir cigarros e sua assunção voluntária dos riscos de dano. A presente consulta, todavia, diz respeito a danos causados a toda a coletividade, por intermédio da utilização de parcela expressiva de recursos públicos destinados a ações e serviços de saúde para o tratamento de vítimas do tabagismo. Neste caso, não se cogita de decisão estatal ou dos contribuintes em geral, sobre a utilização dos recursos públicos. Não há escolha pública dirigida a concentração de recursos para tratamento das doenças cuja causa é atribuída ao consumo de cigarros, mas uma consequência de sua fabricação e comercialização pelos agentes econômicos que se apropriam dos respectivos lucros da atividade. Aqui há desigualdade de chances com os outros fabricantes, que internalizam os custos e reparam as vítimas individualmente. Há, também nesta perspectiva, violação do princípio constitucional da solidariedade social (Art. 3°, inciso I, da Constituição da República).

98. Esta circunstância, inclusive, leva a uma outra possibilidade de exame das perguntas formuladas pela consulente.

99. Afinal, a pretensão de ressarcimento do Erário, neste caso, tem por pressuposto o fato de que é a atividade dos fabricantes de cigarros a qual, em última análise, dá causa ao tabagismo e às doenças a ele relacionadas. E será em razão destas doenças que parcela expressiva de recursos públicos serão destinados ao seu tratamento pelo serviço público de saúde. Ou seja, os fabricantes que dão causa à despesa pública com o tratamento de saúde, por outro lado beneficiam-se da vantagem econômica (lucro) da respectiva atividade. Em recente livro sobre o Estado de Direito e a prevenção de riscos como parte da ação do Estado constitucional para manutenção dos direitos fundamentais, o jurista brasileiro Antonio Silveira Marques destaca a noção de risco como insegurança e as várias categorias de riscos: os riscos criados ou o 'risco' como atuação dos atores sociais, os riscos individuais e os riscos 'transferíveis', por opções dos outros ou do Estado; e as categorias de Ulrich Beck, os riscos 'fabricados' ('*manufactured uncertainities*') e os riscos globais.[44] Parece que estamos aqui frente ao um risco manufaturado e controlado, 'criado' (por fornecedores) e 'transferido' para a sociedade brasileira.

100. Tratando-se do interesse no ressarcimento, tanto é possível seu exame – como até aqui se fez – como pretensão de reparação de danos (prejuízos) sofridos – quanto também de pretensão de restituição, hipótese em que se pretende obter a vantagem que indevidamente esteja deslocada do patrimônio do seu titular para outro que a detém indevidamente.

101. Sobre esta situação dispõe o art. 884 do Código Civil brasileiro:

> "Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários."

102. Trata-se o enriquecimento sem causa, de que trata o art. 884 do Código Civil, de fonte de obrigação civil de restituição. Diga-se, aliás, que, originalmente, o

[44] SILVEIRA MARQUES, Antonio. *Der Rechtsstaat der Risikovorsorge*, Duncker & Humblot, Berlin, 2018, p. 60-62.

enriquecimento sem causa não era expressamente previsto como fonte de obrigação. Usava-se invocá-lo como espécie de princípio impositivo de proibição – a vedação ao enriquecimento sem causa – como fundamento para a dedução de pretensões contra aquele que tivesse acréscimo patrimonial injustificado, ou ainda, para impedir que este acréscimo de fato ocorresse. Atualmente, embora seja previsto expressamente como espécie de fonte subsidiária, que só pode ser invocada na ausência de outro meio de tutelar o interesse (art. 886), dá origem à obrigação de restituição, ou seja, de que a parte beneficiada restitua àquele que teve seu patrimônio reduzido, o montante que lhe foi retirado. De qualquer sorte, a obrigação de reembolso daquele que originariamente responde pela dívida alheia é expressão da conservação patrimonial prevista no Código Civil. Neste sentido, por exemplo, seu art. 305, que assegura mesmo ao terceiro não interessado que paga a dívida, o direito de reembolsar-se do devedor ("Art. 305. O terceiro não interessado, que paga a dívida em seu próprio nome, tem direito a reembolsar-se do que pagar; mas não se sub-roga nos direitos do credor.")

103. Sua origem remonta nas *condictiones* do direito romano e as hipóteses em que, em face da ausência de causa, fosse reconhecida como possível a pretensão de restituição (*condictio sine causa*)[45]. Na atualidade, conforme já mencionamos em lição doutrinária, observa uma diversidade estrutural, de modo que pode ser compreendido como sendo *a situação em que se verifica o acréscimo patrimonial de alguém, que tenha sido obtido à custa de outrem, sem que haja sobre este uma causa justificativa.*[46]

104. A utilidade do instituto do enriquecimento sem causa para a resposta à consulta formulada neste parecer está precisamente na identificação do que consiste o **acréscimo obtido a custa de outrem**, sem uma causa justificativa. A vantagem econômica dos fornecedores (lucro) com o exercício de sua atividade de fabricação e comercialização de cigarros, dá causa direta e comprovada ao aumento da despesa pública com o

[45] Sobre as origens romanas do enriquecimento sem causa, veja-se: DIEZ-PICAZO, Luis. *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid: Civitas 1988, p. 73; NANNI, Giovanni Etore. *Enriquecimento sem causa*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10; VACCA, Letizia. Osservazioni in tema di "condictio" e "arricchimento" senza causa nel diritto romano clássico, in: MANNINO, Vincenzo; OPHÉLE, Claude. *L'enrichissement sas cause.* La classification des sources des obligations, Paris: LGDJ, 2007, p. 7-30.

[46] MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: direito das obrigações*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 120.

tratamento de saúde das vítimas de tabagismo. Há, neste aspecto, uma socialização dos custos relativos aos danos provocados pelo consumo de cigarro, embora as vantagens econômicas concentrem-se nos agentes econômicos que desenvolvem a atividade que dá origem à despesa.

105. Destaque-se que a tributação da venda de cigarros, embora tenha alíquotas mais elevadas do que a de outros produtos, não atinge, sequer minimamente, o correspondente às despesas públicas com o tratamento de saúde das vítimas do tabagismo. Embora este argumento sequer devesse ser cogitado, dada a ausência de vinculação entre a tributação e o universo de despesas públicas – dentre as quais as de saúde – é de retomar a referência ao estudo mencionado pela consulente *"Carga de doença atribuível ao uso do tabaco no Brasil e potencial no impacto no aumento de preços por meio de impostos"*,[47] segundo o qual, tomado o ano de 2015, frente a R$ 39,4 bilhões de reais em despesas médicas, a arrecadação de impostos com a venda de cigarros foi de R$ 12,9 bilhões de reais, com um saldo negativo de R$ 44 bilhões de reais por ano.

106. Neste sentido, sequer cumpre examinar os efeitos deletérios à saúde pública causados pelo consumo do cigarro como simples externalidade negativa – para utilizar um termo consagrado dentre economistas e apreciado por muitos juristas – senão como um dano intolerável à saúde das vítimas quando tomados individualmente, e ao Erário – bem como, por conseguinte, à sociedade –, considerando as despesas realizadas para tratamento das consequências da comercialização e consumo de cigarros. Reconhecidos e demonstrados tais danos, cumpre ao fornecedor que lhes dá causa o dever de ressarcimento.

107. No caso dos gastos em saúde para tratamento das vítimas de tabagismo, são despesas públicas que existem por causa da fabricação e comércio de cigarros, suportadas por recursos que devem destinar-se à saúde de todos os cidadãos (acesso

[47] PINTO, M.; BARDACH, A.; PALACIOS, A.; BIZ, A. N.; ALCARAZ, A.; RODRÍGUEZ, B.; AUGUSTOVSKI, F.; PICHON-RIVIERE, A. *Carga de doença atribuível ao uso do tabaco no Brasil e potencial impacto do aumento de preços por meio de impostos*. Documento técnico IECS N° 21, p. 19. Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria, Buenos Aires, Argentina. Maio de 2017 (https://www.iecs.org.ar/wp-content/uploads/Reporte-completo.pdf).

universal e igualitário). Ao criar-se a necessidade mais agravada e extensa de acesso aos serviços de saúde às vítimas do tabagismo, que beneficia apenas aos que fabricam e comercializam cigarros, a própria noção de acesso igualitário assegurada pela Constituição é rompida. Há espécie de subsídio cruzado, pelo qual toda a sociedade, por intermédio do pagamento de tributos que conformam o Erário, sustenta certas despesas decorrentes de uma atividade econômica específica, mas suas vantagens (lucro) são apropriadas pelos agentes econômicos que a desenvolvem. Neste particular, não é demais lembrar que, embora com outro objetivo (associados às instituições privadas de assistência à saúde), a Constituição da República proíbe o aproveitamento dos recursos públicos destinados à saúde para fins lucrativos, ao dispor no seu art. 199, §2°, que "é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos."

108. Estas características da situação envolvendo a atividade econômica de fabricação e comercialização de cigarros a distinguem em relação a outras, no tocante à destinação dos recursos públicos para tratamento de saúde das vítimas do tabagismo. Neste caso, há o reconhecimento antecipado da relação de causa e efeito entre doenças objeto de tratamento de saúde pelo Estado e o consumo do cigarro. A demonstração da causalidade, ao contrário das demandas individuais, tem seu reconhecimento invariável pelos estudos médicos, sendo inclusive seu reconhecimento do tabagismo como epidemia, pela Convenção Quadro para Controle do Tabaco em seu primeiro considerando:

> "Reconhecendo que a propagação da epidemia do tabagismo é um problema global com sérias conseqüências para a saúde pública, que demanda a mais ampla cooperação internacional possível e a participação de todos os países em uma resposta internacional eficaz, apropriada e integral (...)"

109. O mesmo reconhecimento está presente quando a convenção define a obrigação dos países signatários de estabelecer um sistema de vigilância epidemiológica:

"PARTE VII: COOPERAÇÃO CIENTÍFICA E TÉCNICA E COMUNICAÇÃO DE INFORMAÇÃO

Artigo 20

Pesquisa, vigilância e intercâmbio de informação

(...)

3. As Partes reconhecem a importância da assistência financeira e técnica das organizações intergovernamentais internacionais e regionais e de outros órgãos. Cada Parte procurará: (a) estabelecer progressivamente um sistema nacional para a vigilância epidemiológica do consumo do tabaco e dos indicadores sociais, econômicos e de saúde conexos;

110. O tabagismo é reconhecidamente associado a doenças a mortalidade por vários tipos de câncer (pulmão, boca, laringe, faringe, esôfago, estômago, pâncreas, bexiga, rim, colo do útero e leucemia mieloide aguda), bem como doença pulmonar obstrutiva crônica (DPOC), doença coronariana, hipertensão arterial e acidente vascular encefálico.[48] Tratando-se, nestes termos, de uma ocorrência epidemiológica, a probabilidade lógica,[49] segundo o estado da ciência e da técnica atual, permite a vinculação de causa e efeito entre o tabagismo e as doenças por ele causados, e as despesas de custeio do tratamento de saúde a que dão origem. Deste modo, se a causa da

[48] DANAEI, Gudarz; HOORN, Stephen Vander; LOPEZ, Alan D.; MURRAY, Cristopher J. L.; EZZATI, Majid. Causes of cancer in the world: comparative risk assessment of nine behavioral and environmental risk factors. Lancet, v. 366, issue 9499, November 19, 2005, p. 1784-1793, Disponível em: https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(05)67725-2/fulltext; Veja-se, igualmente, para uma visão da contribuição específica do tabagismo para o desenvolvimento das diversas doenças, o já citado: U.S. Department of Health and Human Services. The Health Consequences of Smoking—50 Years of Progress A Report of the Surgeon General. Atlanta, GA: U.S. Department of Health and Human Services, Centers for Disease Control and Prevention, National Center for Chronic Disease Prevention and Health Promotion, Office on Smoking and Health, 2014. Disponível em: https://www.surgeongeneral.gov/library/reports/50-years-of-progress/full-report.pdf

[49] Veja-se, a respeito, a invocação da probabilidade lógica no estudo de SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. Responsabilidade civil e causalidade: o caso do tabaco. *Revista de direito do consumidor*, v. 116, p. 303-333.

epidemia pode ser reconduzida a atividade econômica lucrativa, em detrimento da socialização de custos perante a toda a população que custeia e é assistida pelo sistema público de saúde, resulta presente o "enriquecimento a custa de outrem" que justifica, igualmente, a pretensão de ressarcimento. Neste caso, o enriquecimento resulta da ausência de desembolso pelos custos cuja causa está vinculada diretamente à atividade de fabricação e comercialização de cigarros.

111. O caráter subsidiário da pretensão de restituição (art. 886 do Código Civil), contudo, indica que caberá a ação de restituição *"...se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido"*. Deste modo, reconhecida a pretensão de ressarcimento por intermédio de indenização (responsabilidade civil), afasta-se a restituição (enriquecimento sem causa). Todavia, reforça os fundamentos da exigibilidade do ressarcimento, uma vez reconhecido que a vantagem econômica do fabricante de cigarros, ao menos em parte, resulta da transferência do custeio de despesas médicas com o tratamento das doenças causadas pelo tabagismo ao serviço público de saúde.

112. Segundo a estrutura do financiamento do serviço público de saúde, por intermédio do Sistema Único de Saúde, de sua vez, são titulares da pretensão de ressarcimento dos custos do tratamento das vítimas de tabagismo aqueles entes que o sustentam. De acordo com o arranjo institucional brasileiro, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, o financiamento do sistema único de saúde (art. 198, §1°, da Constituição da República). **Deste modo, qualquer destes entes federados tem legitimação, uma vez titulares da pretensão de ressarcimento dos custos de tratamento de saúde das vítimas de tabagismo, competindo-lhe apenas, na fase de liquidação do julgado, demonstrar o conteúdo e extensão dos custos a serem ressarcidos.**

113. Assim, respondendo já à primeira pergunta formulada (A), considerando a contribuição do tabagismo para a causação de diversas doenças cujo tratamento vem sendo suportados por recursos públicos direcionados ao custeio do Sistema Único de Saúde, se é a União titular de pretensão de ressarcimento frente às

empresas fabricantes de cigarro que o comercializam em território nacional, respondemos afirmativamente. Os fabricantes de cigarro ao terem conhecimento e possibilidade de atuação, ao longo do tempo (controle) para a mitigação de efeitos do tabagismo e as doenças com ele associadas, deixaram de fazê-lo como propósito de maximizar as vantagens econômicas (lucro) decorrentes da atividade. Este comportamento contribuiu decisivamente com desenvolvimento de uma epidemia de tabagismo reconhecida cientificamente, com ampla repercussão no custeio do serviço público de saúde, decorrente do tratamento das doenças a ela associadas. A responsabilidade dos fabricantes de cigarro funda-se no controle que desempenham sobre a atividade econômica e o risco que ela determina (risco controle), devendo ressarcir a coletividade em relação aos custos que oneram o serviço público de saúde de acesso universal e igualitário para toda a população. Neste sentido, considerando a estrutura do financiamento do serviço público de saúde no Brasil, são legítimos a União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios como titulares da pretensão de ressarcimento das despesas realizadas no tratamento das doenças associadas ao tabagismo pelo Sistema Único de Saúde, na proporção de sua contribuição, nos termos do art. 198, §1º, da Constituição da República.

114. Em complementação a este primeiro questionamento, acrescentou a consulente uma segunda pergunta (B) se o fato da fabricação e comercialização de cigarros ser atividade permitida no Brasil repercute sobre eventual responsabilidade das empresas fabricantes pelo ressarcimento das despesas a que se refere a pergunta anterior, a qual respondemos negativamente. A licitude ou não da atividade, não configura critério determinante para a imputação de responsabilidade, senão sua aptidão para causar danos, segundo o risco a ela inerente (art. 927, parágrafo único, do Código Civil) e os deveres de lealdade e boa-fé que devem presidir as relações negociais em geral, e a oferta de produtos e serviços ao público. No caso, será o risco agravado da atividade econômica dos fabricantes de cigarros e sua atuação no sentido de maximizar ganhos próprios, repassando a sociedade, que por intermédio de tributos financia o serviço público de saúde, os custos de tratamento das doenças comprovadamente associadas à

epidemia de tabagismo, o fundamento da pretensão de ressarcimento. Sob pena de caracterização do enriquecimento injustificado daquele que dá causa ao dano (doenças decorrentes da epidemia de tabagismo), mas transfere os custos dele decorrentes.

RESPOSTAS

115. Desse modo, respondendo objetivamente às perguntas formuladas:

A) Considerando a contribuição do tabagismo para a causação de diversas doenças cujo tratamento vem sendo suportados por recursos públicos direcionados ao custeio do Sistema Único de Saúde, é a União titular de pretensão de ressarcimento frente às empresas fabricantes de cigarro que o comercializam em território nacional?

SIM. Os fabricantes de cigarro ao terem conhecimento e possibilidade de atuação, ao longo do tempo (controle) para a mitigação de efeitos do tabagismo e as doenças com ele associadas, deixaram de fazê-lo como propósito de maximizar as vantagens econômicas (lucro) decorrentes da atividade. Este comportamento contribuiu decisivamente com desenvolvimento de uma epidemia de tabagismo reconhecida cientificamente, com ampla repercussão no custeio do serviço público de saúde, decorrente do tratamento das doenças a ela associadas. A responsabilidade dos fabricantes de cigarro funda-se no controle que desempenham sobre a atividade econômica e o risco que ela determina (risco controle), devendo ressarcir a coletividade em relação aos custos que oneram o serviço público de saúde de acesso universal e igualitário para toda a população.

Neste sentido, considerando a estrutura do financiamento do serviço público de saúde no Brasil, são legítimos a União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios como titulares da pretensão de ressarcimento das despesas realizadas no tratamento das doenças associadas ao tabagismo pelo Sistema Único de Saúde, na proporção de sua contribuição, nos termos do art. 198, §1º, da Constituição da República.

B) O fato de que a fabricação e comercialização de cigarros é atividade permitida no Brasil, repercute sobre eventual responsabilidade das empresas fabricantes pelo ressarcimento das despesas a que se refere a pergunta anterior?

NÃO. A licitude ou não da atividade, não configura critério determinante para a imputação de responsabilidade, senão sua aptidão para causar danos, segundo o risco a ela inerente (art. 927, parágrafo único, do Código Civil) e os deveres de lealdade e boa-fé que devem presidir as relações negociais em geral, e a oferta de produtos e serviços ao público. No caso, será o risco agravado da atividade econômica dos fabricantes de cigarros e sua atuação no sentido de maximizar ganhos próprios, repassando a sociedade, que por intermédio de tributos financia o serviço público de saúde, os custos de tratamento das doenças comprovadamente associadas à epidemia de tabagismo, o fundamento da pretensão de ressarcimento. Sob pena de caracterização do enriquecimento injustificado daquele que dá causa ao dano (doenças decorrentes da epidemia de tabagismo), mas transfere os custos dele decorrentes.

É o nosso parecer.

Sub censura.

Porto Alegre, 25 de junho de 2019.

CLAUDIA LIMA MARQUES
OAB/RS 25.593
Professora Titular da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)
Doutora em Direito (Univ. de Heidelberg/Alemanha)
Mestre em Direito (Univ. Tübingen/Alemanha)
Especialista em Direito Europeu (Univ. Saarbrucken/Alemanha)

BRUNO NUBENS BARBOSA MIRAGEM
OAB/RS Nº 51.573
Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)
Doutor em Direito (UFRGS)
Mestre em Direito (UFRGS)
Especialista em Direito Internacional (UFRGS)