

Responsabilidade dos fabricantes de cigarros pelas externalidades negativas decorrentes de  
sua atividade

*Parecer*

Oscar Vilhena Vieira

e

André Corrêa

São Paulo, 05 de dezembro de 2019

---

\* Este documento foi produzido com o auxílio financeiro gerenciado pela União Internacional Contra Tuberculose e Doenças Pulmonares (The Union) e financiado pela Filantropia Bloomberg.

\*\* O conteúdo deste documento é de exclusiva responsabilidade dos autores e não pode, em circunstância alguma, ser considerado como a posição da The Union ou da Filantropia Bloomberg.

## SUMÁRIO

Contexto judicial.....	3
Quesitos:.....	5
Primeira Seção – Direito à saúde e interesse público.....	9
§ 1º - Do direito à saúde e das obrigações que lhe são correlatas.....	11
§ 2º - Custo Social ou Externalidade Negativa.....	20
§ 3º - Indisponibilidade do interesse público.....	31
Segunda Seção – Responsabilidades e danos.....	38
§ 1º - A responsabilidade civil por ato ilícito: âmbito de risco e dano indenizável nas atividades econômicas.....	41
§ 2º – O nexo de causalidade na responsabilidade objetiva.....	54
§ 3º – A prova do nexo causal.....	68
§ 6º – Dos danos indenizáveis e as formas de reparação: o âmbito individual (danos patrimoniais da União) e o âmbito coletivo (danos à saúde dos fumantes ativos e passivos e danos aos não-fumantes usuários do SUS em razão da sobrecarga do sistema e os danos extrapatrimoniais difusos/dano moral coletivo/dano social.....	105
Respostas aos quesitos.....	129

**Oscar Vilhena**

Professor de Direito Constitucional  
Escola de Direito de São Paulo  
Fundação Getúlio Vargas

**André Corrêa**

Professor de Direito Civil  
Escola de Direito de São Paulo  
Fundação Getúlio Vargas

---

"We don't smoke that shit. We just sell it.  
We just reserve the right to smoke for the young, the poor, the black and the stupid."<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Resposta dada por executivo RJ Reynolds quando perguntado, por ator contratado para fazer um anúncio de cigarro, do motivo pelo qual não fumava. ("Tobacco Wars", Thames TV, First Tuesday, 02 de junho de 1992 apud Tobacco explained: The truth about the Tobacco industry ...in its own words", Organização Mundial de Saúde, p. 11. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019.

Honra-nos o Centro de Estudos, Pesquisas e Desenvolvimento Tecnológico em Saúde Coletiva – CEPESC, por intermédio de sua Coordenadora Executiva, Cláudia Maria Camelo Trotte, com Consulta referente a responsabilidade dos fabricantes de cigarros pelas externalidades negativas decorrentes de sua atividade. A mencionada Consulta vem posta no seguinte contexto:

### Contexto judicial

Trata-se de Ação Civil Pública que tem como objeto a obtenção de indenização a cargo dos fabricantes de cigarros dos danos causados à União em razão do tratamento, pelo Sistema Único de Saúde, das doenças comprovadamente resultantes do tabagismo. A união, portanto, pretende ressarcir-se dos gastos realizados com o tratamento dessas doenças, ou seja, trata-se aqui de pretensão indenizatória em razão de dano patrimonial próprio. Pretende assim, por intermédio dessa ação, tutelar o direito à saúde dos cidadãos brasileiros, nos termos do art. 196, caput, Constituição Federal/88<sup>2</sup>, tanto daqueles diretamente afetados pelo tabagismo (fumantes ativos e passivos que têm seus tratamentos realizados por intermédio do SUS<sup>3</sup>) como daqueles indiretamente afetados (usuários do SUS que tem a qualidade de seu atendimento comprometido em razão do volume de gastos despendidos pelo referido sistema no tratamento de doenças resultantes do tabagismo). Pretende-se também adotar medida que concretize o mandamento constitucional de atendimento prioritário à saúde da criança inscrito no *caput* do art. 227, pois segundo o consenso científico atual o tabagismo é uma doença pediátrica<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido por 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."

<sup>3</sup> Conforme a Pesquisa Nacional de Saúde de 2011, no Brasil, a prevalência de fumantes com ensino fundamental incompleto, entre homens é de 24,7% e entre mulheres é de 15%, enquanto que entre aqueles que possuem o ensino fundamental completo é de 15% entre os homens e 8,5% entre as mulheres. Tomada a correlação entre grau de escolaridade e condição social é possível concluir de forma razoável que esses sujeitos coincidem com o grupo de usuários do Sistema Único de Saúde.

<sup>4</sup> Atualmente a Organização Mundial da Saúde considera o tabagismo uma doença pediátrica ("Tobacco is a global paediatric concern", LANDO, Harry A, et alii., in: Bulletin of the World Health Organization 2010;88:2-2. doi: 10.2471/BLT.09.069583. Disponível em <https://www.who.int/bulletin/volumes/88/1/09-069583/en/>. Acesso em 20/01/19). Segundo relatório do *Surgeon General* Americano 80% dos fumantes regulares começa a fumar antes dos 18 anos (Centers for Disease Control and Prevention. *Preventing Tobacco Use Among Young People: A Report of the Surgeon General*. Atlanta, GA: US Department of Health and Human Services, Public Health Service, Centers for

Além do mandamento constitucional a União, por intermédio desta ação, pretende adotar medida que concretize compromisso assumido perante a comunidade internacional quando da ratificação, em 27 de outubro de 2005, da Convenção Quadro da Organização Mundial de Saúde sobre Controle do Uso do Tabaco que estabelece, em seu artigo 19.1, que "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". É disso de que se trata aqui; de medida visando a compensação do Estado brasileiro (especificamente a União) pelos gastos realizados para tratar doenças resultantes do produto fabricado e comercializado pelas referidas empresas.

Sendo o Brasil um país de renda média e sofrendo constantemente com restrições orçamentárias bastante relevantes cabe à União decidir com prudência em quais políticas públicas investir, assim o foco inicial da atuação do Estado brasileiro foi a prevenção ao tabagismo e a redução do número de fumantes<sup>5</sup>. Alcançado algum sucesso nessa política pública trata-se agora de discutir a reparação pelos custos do tratamento<sup>6</sup>. E para que tal compensação seja estabelecida são necessárias evidências científicas capazes de alicerçar adequadamente a responsabilidade das empresas e tais evidências são hoje incontornáveis tanto pela sua quantidade como por sua consistência. Portanto, a presente demanda está ingressando no momento exato<sup>7</sup>.

---

Disease Control and Prevention, National Center for Chronic Disease Prevention and Health Promotion, Office on Smoking and Health; 1994. Disponível em <http://pediatrics.aappublications.org/content/124/5/1474>. Acesso em 20/01/19)

<sup>5</sup> Dados colhidos pela Secretaria-Executiva da Comissão Nacional para Implementação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco e de seus Protocolos. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/observatorio-da-politica-nacional-de-controle-do-tabaco/dados-e-numeros-prevalencia-tabagismo> (Acesso em 20/01/2019)

<sup>6</sup> Em nossa opinião a presente demanda também poderia, inclusive, incluir a compensação pelos gastos relativos ao custeio das referidas campanhas de prevenção e redução do comportamento tabagista.

<sup>7</sup> O tabagismo, infelizmente, ainda é responsável por muitos danos sociais assim, por exemplo, durante o ano de 2015 foi responsável por 156.216 mortes, ou seja, 12,6% das mortes ocorridas no país (Instituto Nacional do Câncer, Ministério da Saúde. Disponível em <https://www.inca.gov.br/campanhas/dia-mundial-sem-tabaco/2017/o-cigarro-mata>. Acesso em 20/01/19)

A ação também pretende sejam reparados os danos morais coletivos sofridos pela sociedade tendo em vista as diversas condutas das demandadas<sup>8</sup>. Outro objetivo é compensar a sociedade brasileiro pelos danos morais coletivos sofridos.

Diante desse contexto nos foram apresentados os seguintes questionamentos:

**Quesitos:**

1. Quais são os fundamentos constitucionais e infraconstitucionais dos deveres impostos aos fabricantes de cigarro de ressarcir o sistema público de saúde pelos custos sociais causados do tratamento de doenças comprovadamente atribuíveis ao consumo de cigarro?
2. Quais os fundamentos constitucionais e infraconstitucionais da obrigação do Estado de buscar ressarcimento pelos gastos realizados pelo sistema de público de saúde em decorrência de tratamentos e benefícios relacionados a doenças comprovadamente atribuíveis ao consumo de cigarro?
3. Diante dos compromissos firmados pelo Estado brasileiro em âmbito internacional possui ele dever de impedir, mitigar e/ou buscar ressarcimento pelas externalidades negativas da atividade empresarial de fabricação e comercialização de cigarros? Qual a possibilidade jurídica de responsabilização das empresas fabricantes de cigarros pelos danos coletivos e difusos produzidos por sua atividade?
- 4.a. A licitude da atividade econômica e o recolhimento de tributos pelas fabricantes de cigarro são obstáculos à responsabilidade das empresas fabricantes de cigarros perante as externalidades negativas de suas atividades?
- 4.b. Diante de evidências de que, no Brasil, a SOUZA CRUZ e a PHILIP MORRIS – seguindo orientações de suas matrizes – concorreram para impedir a implementação de medidas de saúde pública recomendadas pela CQCT (como políticas tributárias, criação de espaços livres de fumo, advertências sanitárias nas embalagens e proibição do uso de aditivos) e para

---

<sup>8</sup> Conforme p. 18 da inicial.

- promover publicidade ilegal (práticas idênticas àquelas demonstradas pelas empresas matrizes nos EUA), é possível a caracterização do abuso de direito (art. 187, CC/02), considerando-se os fundamentos da República e os princípios constitucionais, sobretudo os que regem a ordem econômica, bem como o dever imposto pelo art. 2º, § 2º, da Lei Federal nº 8.080/90?
- 4.c. O livre-arbítrio do consumidor do produto é obstáculos à responsabilidade das empresas fabricantes de cigarros perante as externalidades negativas de suas atividades ou pode, no máximo, gerar mitigações a essa responsabilidade?
- 5- Quais são os danos coletivos e difusos que podem ser considerados externalidades negativas da atividade empresarial de fabricação e comercialização do cigarro?
- 5.a. Os gastos realizados pelo sistema de seguridade social (saúde, assistência social e previdência) decorrentes de tratamentos e benefícios relacionados ao consumo de tabaco podem ser considerados externalidades negativas decorrentes da atividade empresarial de fabricação e comercialização do cigarro?
- 5.b. Os efeitos sociais da dependência química e das doenças relacionadas ao tabagismo sobre o contingente de usuários do produto podem ser considerados externalidades negativas decorrentes da atividade empresarial de fabricação e comercialização do cigarro?
6. Seria possível a criação, por força de condenação no âmbito de Ação Civil Pública, de Fundo Patrimonial Específico para Prevenção e Tratamento do Tabagismo a ser custeado continuamente pelas fabricantes e comerciantes de cigarros e administrado de forma coletiva?

Para responder a estas perguntas o parecer será assim estruturado:

Na introdução será apresentada a pergunta central a ser respondida no parecer: **Qual a solução jurídica para que o poder público possa ser reembolsado/compensado pelos gastos realizados pelo sistema de seguridade social (saúde, assistência social e previdência) decorrentes de tratamentos e benefícios relacionados ao consumo de tabaco?**

**Oscar Vilhena**

Professor de Direito Constitucional  
Escola de Direito de São Paulo  
Fundação Getúlio Vargas

**André Corrêa**

Professor de Direito Civil  
Escola de Direito de São Paulo  
Fundação Getúlio Vargas

Também serão apresentados na introdução um sumário dos principais argumentos, assim como da conclusão.

Na primeira seção (que abordará os quesitos 1 a 3) será analisada a questão específica das obrigações do poder público, especialmente de um Estado de bem-estar social tal como o arquitetado pela constituição de 1988, em relação àquelas atividades lícitas que geram externalidades negativas.

Nessa seção será, preliminarmente, apresentada a natureza econômica dos custos do sistema de saúde pública, assistência e previdência social, com o tratamento e benefícios relacionados ao tabagismo. Esses custos serão definidos como externalidades negativas, ou seja, custos sociais que não são assimilados por aqueles que os geram.

Aqui também será discutida a responsabilidade do Estado brasileiro em face da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco. Seria legítimo reivindicar que este custo social associado ao tabagismo fosse internalizado por aqueles que se beneficiam da atividade tabagista? Caso isso não seja feito, o poder público estaria cometendo uma ilegalidade/imoralidade (artigo 37 da Constituição Federal), ao promover o enriquecimento injustificado de um setor em detrimento da sociedade, sem qualquer justificativa de interesse social?

E, por fim, será estruturada reflexão acerca das possíveis estratégias jurídicas de enfrentamento desses custos sociais.

Na segunda seção (que abordará os quesitos 4 a 5) serão discutidas as eventuais consequências jurídicas dessas externalidades negativas. Serão apresentadas razões jurídicas para amparar a decisão que obriga a internalização de externalidade negativa pelo agente econômico que a produz.

A questão será enfocada a partir do sistema de responsabilidade civil. Como sabemos, predomina no direito civil a perspectiva de que o dano ilícito, e conseqüentemente a responsabilidade por ressarcí-lo, decorre de uma conduta ilícita ou abusiva. São admitidas em nosso ordenamento jurídico, no entanto, responsabilizações que não derivem de conduta ilícita, mas foram expressamente determinadas pelo legislador, em face da relevância do dano ou mesmo do seu risco. Demonstrar-se-á a complementariedade das diversas formas legais de internalização de externalidades negativas, como seguros obrigatórios, tributação ou mesmo esquemas de responsabilização objetiva com vistas a demonstrar que a mera existência de um fato jurídico (pagamento de imposto) não impede, *per se*, a ocorrência de outro fato vinculado à mesma atividade empresarial (pagamento de indenização).

A seção final do parecer (relativa ao quesito 6) será dedicada à proposta de estruturação de estratégia que nos parece a mais adequada ao enfrentamento do problema: a criação de um "fundo de remediação" (que poderia ser criado por condenação das empresas, nos autos de ação civil pública, ao cumprimento de uma obrigação de fazer) a ser continuamente custeado pelas fabricantes/comerciantes de cigarro e administrado de forma coletiva (participação social) e que tenha, entre suas finalidades precípua, prover amparo financeiro para as medidas adotadas pelo Estado brasileiro nos campos da prevenção e do tratamento do tabagismo.

Nessa seção se pretende apresentar a experiência de direito comparado, dando ênfase ao caso norte americano envolvendo a celebração de *Master Settlement Agreements*, com vistas a demonstrar os benefícios e os desafios trazidos por esse tipo de arranjo jurídico. Seria uma oportunidade de analisar a eficácia dos diversos "remédios" para a obtenção de compensação pelos custos sociais relacionados ao tabagismo.

Por fim, temos a conclusão, com respostas sintéticas aos quesitos.

### Primeira Seção – Direito à saúde e interesse público

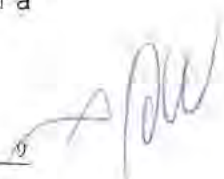
Esta seção tem por objetivo apresentar questão jurídica fundamental que se coloca nesta consulta, qual seja, o Estado, em face suas obrigações decorrentes do direito à saúde, tal como consagrado na Constituição, assim como em decorrência das obrigações internacionais de reduzir o consumo de tabaco, contraídas pela adesão à Convenção Quadro para o Controle de Tabaco, de 2003, tem o direito de ser ressarcido pela indústria de tabaco, em face das despesas incorridas pelo sistema público de saúde no tratamento de pessoas que contraíram doenças decorrentes do consumo do cigarro?

A resposta é necessariamente positiva. O Estado tem não apenas o direito de se ver ressarcido, mas também a obrigação de buscar ressarcimento pelas despesas incorridas no tratamento de doenças relacionadas ao consumo de tabaco.

A Constituição estabeleceu um direito fundamental à saúde. Derivam deste direito uma série de obrigações positivas por parte do Estado. Essas obrigações têm um alto custo orçamentário. Ao ter que arcar com as externalidades do mercado de tabaco, consistentes nos custos decorrentes do tratamento das doenças associadas ao consumo do tabaco, o Estado reduz a sua capacidade de prover adequadamente os serviços de saúde ao restante da população.

Surge, então, uma obrigação legal, derivada do princípio da indisponibilidade do interesse público, de buscar ressarcimento junto aos atores econômicos que se beneficiam do mercado de tabaco, sem internalizarem os custos sociais decorrentes dessa atividade econômica. Essa obrigação de buscar o ressarcimento deriva não apenas das normas constitucionais, mas também da Convenção Quadro para Controle de Tabaco, pelo Brasil ratificada em Quadro em 2006, assim como do próprio direito ordinário brasileiro, como se demonstrará ao longo deste parecer.

Se o Estado não buscar ressarcimento das despesas por ele realizadas com o atendimento e tratamento de doenças comprovadamente atribuíveis ao consumo de cigarro, irá comprometer a



prestação de serviços públicos de saúde para o restante dos usuários, inclusive para grupos vulneráveis, como crianças e adolescentes que têm, por determinação do artigo 227 da Constituição Federal, "absoluta prioridade" entre os beneficiários de políticas públicas. Uma eventual omissão do Estado irá violar suas obrigações fundamentais positivas que decorrem diretamente do direito à saúde, tal como estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal.

O fato das atividades de produção, comercialização e consumo do tabaco serem autorizadas pelo direito brasileiro - dentro de determinados parâmetros legais - em nada exime esse setor do mercado de arcar com os custos sociais ou externalidades negativas decorrentes de suas atividades.

Como demonstraremos adiante neste parecer, o mercado de cigarro foi estruturado de uma forma a que parcela significativa de seus custos não seja absorvida nem pelo produtor/fornecedor, nem pelo consumidor, onerando indevidamente terceiros alheios à relação de troca. No caso concreto, o sistema público de saúde. Ao não absorver os custos decorrentes do tratamento de doenças comprovadamente atribuíveis ao consumo de cigarro, esses custos passam a ser internalizados pelo Estado, em detrimento do patrimônio público e, sobretudo, do direito à saúde dos demais usuários do sistema de saúde.

O cigarro, como é de conhecimento de todos, contém substâncias causadoras de vício, adição e nocivas à saúde do ser humano. O seu consumo favorece a aquisição e desenvolvimento de uma série de doenças. O próprio ato de fumar é hoje classificado pela Organização Mundial da Saúde como uma doença, chamada tabagismo. Assim, a indústria de tabaco não pode ser eximida das consequências da sua principal atividade sobre a saúde da população. Trata-se de uma atividade econômica que gera altos custos sociais, que não podem ser indevidamente transferidos para o Estado.

De acordo com o 170 da Constituição Federal, a ordem econômica tem por finalidade "assegurar a todos a existência digna" devendo observância, entre outros, aos princípios da "função social da propriedade", "defesa do consumidor", "defesa do meio ambiente" e "redução das desigualdades". Logo, em face desses imperativos constitucionais, não pode um setor da economia brasileira

estruturar o seu negócio de forma a que uma considerável parte dos seus custos sociais sejam transferidos ao Poder Público.

Num sistema constitucional onde o direito à propriedade tem como pressuposto o cumprimento de sua função social, não se pode admitir uma atividade econômica que não internalize os seus custos sociais. Admitir isso seria aceitar o enriquecimento indevido. Mais do que isso, o enriquecimento em detrimento do direito fundamental à saúde.

Em face do direito universal à saúde assegurado pela Constituição, o sistema público de saúde vê-se obrigado a atender todas as pessoas que o procuram, independentemente das causas de suas doenças, inclusive aqueles que têm doenças decorrentes do consumo de tabaco. Esses atendimentos e tratamentos de doenças decorrentes do consumo do tabaco, provocam uma sobrecarga nos serviços de saúde, gerando uma restrição ao provimento dos demais serviços de saúde. Isso, por sua vez, impõe um ônus desproporcional sobre os demais beneficiários do serviço público de saúde.

### § 1º - Do direito à saúde e das obrigações que lhe são correlatas

O reconhecimento pela Constituição de um direito fundamental tem como consequência colocá-lo no topo da hierarquia das escolhas públicas. Neste sentido, o interesse ou o valor protegido por um direito fundamental deve ter prevalência sobre outros valores ou interesses não protegidos pela ordem constitucional.

Ter um direito subjetivo significa ser beneficiário de obrigações, por parte de terceiros, que são correlatas e necessárias à realização desse direito. Na formulação mais completa de Joseph Raz<sup>9</sup>,

---

<sup>9</sup> RAZ, Joseph, "Rights and Individual Well-Being", *Ratio Juris*, v. 5, n. 2, p. 127-142, 1992.

**Oscar Vilhena**

Professor de Direito Constitucional  
Escola de Direito de São Paulo  
Fundação Getúlio Vargas

**André Corrêa**

Professor de Direito Civil  
Escola de Direito de São Paulo  
Fundação Getúlio Vargas

titular da cátedra de jurisprudência da Universidade de Oxford: "dizer que um indivíduo tem um direito é indicar um fundamento a exigir uma ação de certo tipo, isto é, que um aspecto de seu bem-estar é fundamento para um dever de outra pessoa. O papel específico dos direitos no pensamento prático é, portanto, fundamentar obrigações..."

Nesse sentido o reconhecimento de um direito fundamental à saúde, tal como expresso pelo artigo 196 da Constituição Federal, é uma razão prevalente para a imposição de uma série de obrigações jurídicas ao poder público e aos particulares.

A noção de direito subjetivo constitui um elemento nuclear dos ordenamentos jurídicos modernos. É por intermédio do conceito de direito subjetivo que uma determinada ordem jurídica indica: 1) os interesses e valores que merecem uma proteção especial; 2) quem são os titulares desses direitos; e, 3) quem são os sujeitos responsáveis por arcar com as obrigações correlatas ao direito em questão.

Os direitos subjetivos estabelecem, dessa maneira, uma relação de prevalência entre o valor ou interesse protegido como direito e os demais valores e interesses que não receberam o mesmo tratamento especial do ordenamento jurídico. Os direitos subjetivos também conferem ao titular de um direito uma posição de primazia em relação àquele que é sujeito da obrigação correlata ao direito, na medida em que este último lhe é devedor. Nessa medida, o titular de um direito encontra-se numa posição de maior conforto do que aquele que tem uma obrigação correlata de respeitar o direito do titular.

Quando falamos de direitos subjetivos reconhecidos pela Constituição, logo de direitos fundamentais, essa relação de prevalência ganha uma outra dimensão. Sendo a Constituição uma norma que se encontra no cume de nosso ordenamento jurídico, o reconhecimento expresso ou implícito de um determinado direito tem como consequência priorizar os interesses e valores

protegidos por esses direitos. Como dito anteriormente o reconhecimento de um direito como fundamental o coloca no topo da hierarquia das escolhas públicas.

Numa sociedade democrática e pluralista, em que o sistema jurídico reconhece legitimidade a múltiplos interesses, aqueles que se encontram protegidos por direitos fundamentais ocupam uma posição especial. Esses direitos geram obrigações que lhe são correlatas. Caso os sujeitos dessas obrigações deixem de cumpri-las, seja por ação ou por omissão, estarão violando os direitos fundamentais.

No dizer lapidar de Ronald Dworkin, "os direitos são trunfos"<sup>10</sup>, pois é por intermédio dos direitos, em especial dos direitos fundamentais, que o sistema jurídico estabelece a relação de prevalência entre os diversos valores e interesses existentes em uma sociedade. Dessa forma, aquele que tem a responsabilidade de resolver um confronto entre um direito fundamental e um interesse, que embora relevante e legítimo, não seja considerado um direito fundamental, deve inclinar-se por atender à demanda de realização do direito fundamental. Quando negligenciamos essa concepção de que os direitos fundamentais servem para designar quais valores ou interesses têm primazia dentro de um sistema jurídico, estamos, de fato, esvaziando o significado próprio de um direito fundamental.

O direito à saúde foi definido pela Constituição como um direito fundamental que gera para o Estado um dever correlato. O artigo 196 da Constituição Federal delimita o conteúdo do direito à saúde, que consiste num conjunto de políticas sociais e econômicas que visam a redução dos riscos de doenças e o acesso universal aos serviços de saúde, propriamente ditos.

---

<sup>10</sup> DWORKIN, Ronald. Rights as trumps, in "Arguing about the Law". KAVANAGH, Aileen; OBERDIEK, John (Org), Routledge, 2013, pp. 335-44.

O acesso universal e igualitário é elemento central nessa definição. A universalidade impõe a titularidade do direito à saúde "a todos pelo fato de serem pessoas"<sup>11</sup>. Da forma como estabelecida na Constituição de 1988, a universalidade rompeu com um paradigma de exclusão que permeava, até então, as ações e serviços de saúde pública no país<sup>12</sup>. A universalidade guarda estreita relação com a igualdade, que consiste na ausência de discriminação na oferta de assistência médico-hospitalar e igualdade de oportunidades de acesso a essas ações e serviços no âmbito das políticas públicas.

Com fundamento na universalidade e igualdade na assistência à saúde, o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela inconstitucionalidade de lei municipal que condicionava o acesso a serviços públicos de saúde à posse de um cartão do cidadão, por excluir do gozo desses serviços aqueles que não residem na localidade ou que não tenham obtido o cartão. Cite-se trecho da decisão:

"Decorre dos arts. 196 e 198 da Constituição Federal que, embora as ações e serviços públicos de saúde estejam organizados nos três níveis da federação, de forma regionalizada, eles compõem um sistema único (SUS), cujo acesso deve ser franqueado de maneira universal e igualitária à população.

Ao condicionar o acesso aos serviços públicos de saúde fornecidos em Guararema ao porte de um cartão, excluindo do gozo de tais serviços as pessoas que não residem nessa localidade ou que, nela residindo, não tenham obtido o cartão, a Lei nº 2.600/2009 e o Decreto nº 2.716/2009 violaram a natureza universal e igualitária que a Constituição conferiu a esses serviços"<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil, RIDB, v. Ano 2 (2013), n. nº 4, p. 3203, .

<sup>12</sup> O antigo Sistema Nacional de Saúde, criado pela lei nº 6.229/75, só alcançava trabalhadores segurados do Instituto Nacional da Previdência Social (INPS) e seus dependentes, e o restante da população tinha um acesso limitado à assistência à saúde. (FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, "Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade", Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p.96).

<sup>13</sup> ARE 661288, rel. min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julg. 06.05.2014.

A respeito do conteúdo do direito à saúde, cabe mencionar trecho de voto do min. Celso de Mello, em decisão sobre a obrigatoriedade no fornecimento gratuito de medicamentos para portadores do vírus HIV:

“O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar”<sup>14</sup>.

A referência do artigo 196 da Constituição Federal ao conceito de promoção, ao lado da prevenção e recuperação, indica que a proteção constitucional do direito à saúde é um processo sistêmico que visa não só à prevenção e cura de doenças, mas também a qualidade de vida, o bem-estar físico, mental e social<sup>15</sup>.

Esse elemento chama atenção para o caráter transversal e interdisciplinar do direito à saúde e sua interconexão com outros direitos fundamentais como a vida, a dignidade da pessoa humana, o meio ambiente, a proteção de crianças e adolescentes e idosos<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> RE 271286 AgR, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, julg. 12.09.2000, p.1419.

<sup>15</sup> SCHWARTZ, Germano, "Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica", Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.43 e 98.

<sup>16</sup> SARLET, INGO WOLFGANG; FIGUEIREDO, MARIANA FILCHTNER, O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil, RIDB, v. Ano 2 (2013), n. nº 4, p. 3188.

São titulares do direito à saúde, simultaneamente, o indivíduo e a coletividade<sup>17</sup>. Os deveres correlatos a esse direito podem ser exigidos tanto pelos indivíduos, em termos de atendimentos que lhe sejam essenciais no tratamento de doenças, quanto pela comunidade, na forma de políticas sociais e econômicas, assim como a organização de serviços de saúde.

Como dever fundamental, a saúde possui uma dimensão prestacional, referente a prestações materiais para efetivar o direito à saúde; e uma dimensão defensiva, voltada à proteção contra ingerências maléficas à saúde. No âmbito da primeira dimensão, o direito à saúde autoriza o Estado a alocação de recursos necessários a implementação de políticas e serviços de saúde. No que se refere a essa segunda dimensão, o valor da igualdade justifica a intervenção do Estado na imposição de limitações a comportamentos individuais e eventual restrição de outros direitos fundamentais, em nome da preservação da saúde coletiva<sup>18</sup>.

O Estado é, primordialmente, o destinatário dos deveres que surgem em contrapartida ao direito à saúde. Contudo, como argumenta Ingo Sarlet e no mesmo sentido da dimensão coletiva do direito à saúde, é possível que obrigações derivadas se projetem para a sociedade no âmbito das relações privadas:

(...) cumpre destacar que a noção de deveres fundamentais conecta-se ao princípio da solidariedade, no sentido de que toda a sociedade é também responsável pela efetivação e proteção do direito à saúde de todos e de cada um, no âmbito daquilo que Canotilho denomina de uma responsabilidade compartilhada (*shared responsibility*), cujos efeitos se projetam no presente e sobre as futuras gerações, como já reconhecido na seara do direito ambiental.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde, *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 4, n. 10, p. 205–228, 2010.

<sup>18</sup> FIGUEIREDO, Mariana Flichtiner. "Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade", p.88-89.

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, n. n. 67, 2008, p.7.

Ou seja, não somente o Estado, mas também a comunidade tem responsabilidade na efetivação de direitos sociais. É por essa razão que o Supremo Tribunal decidiu, em sede do RMS 28487/DF<sup>20</sup>, pela constitucionalidade de resolução do executivo que estabelecia percentual de desconto obrigatório e linear nas vendas de medicamentos especiais ao Poder Público, como medida para evitar o aumento arbitrário de lucros das indústrias farmacêuticas às expensas do Erário Público e do Sistema Público de Saúde.

No caso, o Tribunal entendeu que o poder regulamentar estaria sendo exercido para assegurar a supremacia e indisponibilidade do interesse público sobre o privado. Além disso, assinalou que a medida de regulação dos preços não ofenderia os princípios da ordem econômica porque uma das finalidades da regulação do mercado é justamente compatibilizar os princípios da livre concorrência e livre iniciativa com outros interesses sociais e coletivos, como o acesso igualitário à saúde. Nesse sentido, cabe citar trecho acórdão:

A Constituição Federal de 1988 agrega preocupação social aos princípios gerais da atividade econômica, resultando em legítima atuação do Estado na promoção do acesso universal e

---

<sup>20</sup> "Constitucional e Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Supremacia do interesse público sobre o privado. Competência normativa conferida à Administração Pública. Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED). Coeficiente de Adequação de Preço (CAP). Lei nº 10.742/2003, Resolução nº 4/2006. Tutela constitucional do direito à saúde (art. 196 CF). Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. 1. A Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) está prevista na Lei nº 10.742/03 como órgão técnico necessário à regulação do setor farmacêutico, justificando-se, especialmente, pelas complexidades do mercado de medicamentos. 2. A amplitude da delegação normativa consiste no fundamento fático-jurídico do exercício do poder regulamentar pela Administração Pública, que deve atuar em consonância com a lei, atendendo à necessidade de regulação do setor farmacêutico e em respeito à dinâmica e às peculiaridades técnicas do mercado de medicamentos. 3. O percentual de desconto obrigatório e linear nas vendas de determinados medicamentos ao Poder Público, chamado Coeficiente de Adequação de Preço (CAP), opera como fator de ajuste de preços, permitindo, assim, que se chegue ao "Preço Máximo de Venda ao Governo" (PMVG), o que vai ao encontro da reprovação constitucional do aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4º, CF/88). 4. A Constituição Federal de 1988 agrega preocupação social aos princípios gerais da atividade econômica, resultando em legítima atuação do Estado na promoção do acesso universal e igualitário à saúde, direito social garantido pelo art. 196 da Constituição Federal, cuja responsabilidade é partilhada pelo Estado e por toda a sociedade. 5. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido." (RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Julgamento em 26/02/2013, Primeira Turma)

igualitário à saúde, direito social garantido pelo art. 196 da Constituição Federal, cuja responsabilidade é partilhada pelo Estado e por toda a sociedade<sup>21</sup>.

As ações e serviços de saúde desenvolvidas no âmbito do SUS são informadas pelos princípios da unidade, descentralização e regionalização, hierarquização, integralidade e participação da comunidade. Os serviços e ações devem ser articuladas em uma mesma política pública, subordinadas a um comando unificado. Simultaneamente, as ações e serviços devem ser adaptados ao perfil epidemiológico do local, o que ocorre em razão da regionalização. A hierarquização determina que a assistência à saúde seja executada em níveis crescentes de complexidade, a depender das condições locais para executar as ações. Por fim, a integralidade determina a maior amplitude possível na cobertura, e a participação da comunidade completa possibilita planejamento, e fiscalização da execução das políticas de saúde<sup>22</sup>.

De acordo com a última Pesquisa Nacional de Saúde (2013)<sup>23</sup>, quase 70% das pessoas usualmente recorrem a serviços públicos de saúde quando precisam de atendimento. No ano da pesquisa, 71,2% da população haviam obtido atendimento para consulta médica em 2013 na rede SUS. Contudo, a cobertura ainda é deficiente em razão da escassez dos recursos. Das 30,7 milhões de pessoas que procuraram algum atendimento de saúde nas últimas duas semanas anteriores à data de entrevista, 4,7% não conseguiram atendimento na primeira vez, em sua maioria em razão da ausência de médicos disponíveis ou de vagas/senhas. Dentre as pessoas que conseguiram atendimento de saúde e tiveram medicamentos receitados, 17,5% não conseguiram obter todos os medicamentos prescritos. Os investimentos em saúde – que, no último

<sup>21</sup> RMS 28487, rel. min. Dias Toffoli, julg. 26.02.2013.

<sup>22</sup> SARLET, INGO WOLFGANG; FIGUEIREDO, MARIANA FILCHTINER, O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil, RIDB, v. Ano 2 (2013), n. nº 4.

<sup>23</sup> Trata-se da pesquisa mais completa sobre acesso à saúde do Brasil. Há outros levantamentos parciais mais recentes, mas a PNS segue como melhor conjunto de indicadores. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94074.pdf>. A maior parcela das pessoas (47,9%) tem o costume de procurar uma Unidade Básica de Saúde. Outras 11,3% procuram unidade de pronto atendimento público ou emergência de hospital público, e 10,1% costumam procurar hospital público ou ambulatório. As demais pessoas costumam procurar consultórios ou estabelecimentos de pronto atendimento privados (25,5%) ou farmácias, centros de especialidade ou policlínicas (4,7%).

ano, atingiram o montante de 116.820,9 bilhões<sup>24</sup> – não são suficientes para garantir a integralidade do atendimento.

Diante deste cenário, dados da pesquisa do INCA/FIOCRUZ/OPAS/IECS<sup>25</sup> quantificam os custos impostos ao sistema de saúde em decorrência do tratamento de 17 doenças tabaco-relacionadas. Segundo este estudo, no ano de 2015, os custos direto da assistência médica atribuível ao tabagismo atingiram R\$ 39.394.369.233,00, enquanto os custos indiretos, R\$ 17.503.786.333,00, formando um montante total que supera R\$ 56 bilhões. Isto é, aproximadamente 50% dos valores investidos no Sistema Público de Saúde.

A Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco reconhece que a exposição à fumaça do tabaco é causa de mortalidade, morbidade e de doenças que se revelam a longo prazo. Complementarmente, os relatórios do *Surgeon General* de 2014, mencionados na petição inicial, elencam um conjunto de doenças causadas pelo tabagismo, algumas delas com uma probabilidade de 80% a 90%.

As empresas que dominam o mercado da produção de cigarro e produtos derivados do tabaco extraem lucros sem, contudo, arcar com as externalidades negativas e os custos sociais decorrentes desta atividade comercial. A dimensão dos custos suportados pelo SUS fica evidente a partir da comparação entre a verba total investida em saúde e a estimativa dos gastos do sistema de saúde no atendimento de doenças tabaco-relacionadas. Trata-se de recursos dos quais o Estado não pode abdicar, sob pena de oferta deficiente de outras ações dentro da política pública de saúde e, com isso, proteção insuficiente de todo o feixe de direitos interconectados, dentre os quais destaca-se a proteção integral da criança e adolescente.

<sup>24</sup> Fonte: Relatório Anual de Gestão (RAG) 2018. Disponível em: [http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio\\_anual\\_gestao\\_rag\\_2018.pdf](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_anual_gestao_rag_2018.pdf). Último acesso: 10/06/2019.

<sup>25</sup> INCA/FIOCRUZ/OPAS/IECS. Carga de Doença Atribuível ao Uso do Tabaco no Brasil e Potencial Impacto do Aumento de Preços por Meio de Impostos.

O impacto desproporcional e indevido sobre o tratamento desses direitos fundamentais justifica a necessidade de ressarcimento ao SUS. Deste modo, decorre do comando constitucional de promoção do acesso universal e igualitário à saúde a conclusão de que a indústria de tabaco tem um dever de suportar os custos sociais aos quais deu causa ou repassá-los a seus usuários, compensando potenciais prejuízos à coletividade.

## § 2º - Custo Social ou Externalidade Negativa

Numa relação perfeita de mercado, nos diz o prêmio Nobel da economia, Joseph Stiglitz, se “supõe que os custos de produzir um bem e os benefícios de vendê-lo vão todos para o vendedor, e os benefícios de receber o bem e os custos de comprá-lo correspondem todos ao comprador”. Isso, porém, nem sempre acontece. Os mercados muitas vezes falham. Quando os custos ou benefícios não são capturados pelo vendedor ou comprador eles são “chamados de externalidade”<sup>26</sup>.

A questão das externalidades ou do custo social se coloca na economia dentro do contexto da discussão sobre as falhas do mercado. Da perspectiva jurídica, a questão essencial é saber a quem alocar esses custos. Neste parecer importa conhecer o significado desse fenômeno econômico, mas, sobretudo, compreender as suas consequências jurídicas.

De acordo com a teoria microeconômica moderna, dentro de determinados contextos institucionais, onde sejam asseguradas a liberdade contratual e o direito de propriedade, a interação e as trocas entre agentes autônomos e empresas que buscam maximizar os seus lucros é voluntária. As partes envolvidas nessas trocas devem assumir tanto os benefícios como os custos de suas relações. O problema, no entanto, é que muitas vezes uma terceira parte, não envolvida na negociação ou relação de intercâmbio sofre as suas consequências, que podem ser tanto positivas como negativas.

<sup>26</sup> STIGLITZ, Joseph. WALSH, Carl. “Introdução à Microeconomia”, 3ª. edição, Campus, 2003, p. 351.

As externalidades positivas são aquelas que ampliam o bem-estar de pessoas ou comunidades que não estavam diretamente relacionadas com determinadas relações de mercado. Externalidades negativas, que importam neste caso, são aquelas que reduzem o bem-estar ou afetam negativamente o patrimônio de pessoas que não estavam envolvidas na relação de troca.

Robert Cooter e Thomas Ulen<sup>27</sup> oferecem exemplos singelos, mas muito elucidativos desses modelos de externalidades. No caso de uma externalidade positiva temos um agricultor que adquire abelhas para produção de mel. Seu vizinho, que não participou do negócio, tem um pomar de maçãs, que ganha produtividade pela forte polinização provocada pelas abelhas. A polinização adicional, promovida pelas abelhas do vizinho apicultor, seria a externalidade positiva.

O exemplo de externalidade negativa refere-se a um indivíduo que compra um galo de um avicultor. Os custos da transação são internalizados por ambas as partes, assim como os seus benefícios. O avicultor fica com o dinheiro e o indivíduo com o galo. O galo, no entanto, canta de modo muito estridente e cotidianamente acorda a vizinhança às 5 horas da manhã. O "barulho" do galo seria um exemplo de externalidade negativa<sup>28</sup>. Esses são exemplos simples de um fenômeno que ocorre com enorme frequência em nossa vida econômica.

Os casos mais comuns de geração de externalidades negativas, no entanto, referem-se à emissão de poluentes. Uma empresa extrai ou processa insumos minerais para disponibilizá-los no mercado, lançando poluentes na atmosfera ou nas águas de um rio. Esses poluentes causam mal-estar à comunidade, doenças ou danos ambientais. Esses custos ou externalidades não são internalizados nem pela empresa nem por aqueles que adquiriram seus produtos. Em linguagem microeconômica, os custos não foram internalizados pelo mercado.

A questão jurídica que se coloca é quem deve arcar com essas externalidades decorrentes daquela atividade econômica poluidora? Cada indivíduo deve investir seus próprios recursos na

<sup>27</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas, "Law and Economics", 6. ed. Addison-Wesley, 2016.

<sup>28</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas, "Direito & Economia", Bookman, 2010, p. 182

descontaminação da água, para que ela possa ser utilizada? Ou deve ser o Estado, em nome da comunidade, a prover um serviço de saneamento, assim como reforçar seus gastos com o sistema de saúde, para que ele possa atender as pessoas afetadas pela poluição?

O sistema jurídico de uma sociedade bem ordenada deve dispor de mecanismos para que esses custos sociais sejam internalizados por quem os provocou. Há mecanismo preventivos, reparadores e repressivos, voltados a inibir a produção de externalidades negativas e custos sociais indesejados. Políticas públicas regulatórias, tributárias, penais, indenizatórias ou securitárias são ferramentas legítimas para mitigar, dissuadir ou restringir a geração de externalidades negativas, que provocam mal-estar em terceiros. Da mesma forma, a responsabilização civil ou a construção de outros mecanismos de ressarcimento, são ferramentas legítimas para que os custos sociais de uma determinada atividade sejam por ela internalizados e não transferidos a terceiros. Sem que se estabeleçam mecanismos de internalização, os agentes econômicos não terão incentivos para reduzir a geração de malefícios públicos.

Para efeitos deste parecer, a questão a saber é se uma externalidade negativa, como a decorrente do mercado de tabaco, pode e deve gerar consequências jurídicas, mais especificamente, se geram ao Estado o direito de buscar ser ressarcido pelos gastos com serviços de saúde, decorrentes dos malefícios causados a consumidores.

Como se verá de forma mais detalhada na segunda parte deste parecer, a teoria mais convencional da responsabilidade civil propõe que para que um terceiro possa ser ressarcido é necessário demonstrar: 1) que o ofendido sofreu um dano; 2) que o ofensor praticou um ato ilícito; e, 3) que existe um nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano.

Há, porém, uma série de circunstâncias em que não se faz necessário demonstrar a ilicitude do ato ou mesmo dolo ou culpa do agente, para que se possa reivindicar a responsabilidade do agente ofensor. Nesses caso a responsabilidade é de natureza objetiva, bastando demonstrar o nexo causal entre a ação (ou atividade) e o dano causado. Se um carro de polícia estiver numa perseguição e abalroar um outro veículo, o Estado será responsável por reparar o ofendido, ainda que não tenha ocorrido nenhum ato ilícito.

Esse é o tratamento adequado para a regulação de atividades de risco. Dada a natureza de determinadas atividades, fica dispensada a demonstração da ilicitude do ato que gera dano. O direito ambiental, por exemplo, concebeu o princípio do poluidor pagador, pelo qual é desnecessária a demonstração de que o poluidor agiu de forma dolosa ou culposa para que possa ser obrigado a reparar o meio ambiente ou aqueles que sofreram as consequências de seus atos.

O princípio do poluidor-pagador foi expressamente reconhecido pelo sistema jurídico brasileiro, por intermédio do artigo 14, parágrafo 1º, da Lei no. 6.938/81, ao dispor que: "é o poluidor obrigado, independentemente de culpa, indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade".

Esse dispositivo foi recepcionado pelo artigo 225, parágrafo 3º da Constituição Federal, que determina que aqueles que impuserem dano ao meio ambiente, além das punições penais e administrativas, terão a "obrigação de reparar os danos causados". Nesse sentido a reparação se apresenta como um elemento autônomo em relação às demais sanções jurídicas.

No âmbito de concretização do direito à saúde, em contexto jurídico muito semelhante ao que se discute nesta consulta, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu ao Estado o direito de buscar ressarcimento de despesa efetuada pelo serviço de saúde pública que deveria ser internalizado por operadora privada de plano de saúde.

Ao julgar a ADI 1931/DF<sup>29</sup> e o RE 597064/RJ<sup>30</sup> o Supremo Tribunal Federal julgou ser constitucional o dispositivo legal que obriga operadoras de planos de saúde a ressarcirem o SUS,

<sup>29</sup> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – NORMA ATACADA – ALTERAÇÃO – PREJUÍZO. A superveniente modificação da norma impugnada, sem aditamento à inicial, implica o prejuízo do controle concentrado de constitucionalidade. PLANOS DE SAÚDE – REGÊNCIA – OBSERVÂNCIA. Os planos de saúde submetem-se aos ditames constitucionais, à legislação da época em que contratados e às cláusulas deles constantes – considerações." (AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgamento em 07/02/2018, Tribunal Pleno)

<sup>30</sup> "ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO SUS. OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE. ART. 32 DA LEI 9.656/98. ART. 199 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASSEGURADOS. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. FATOS JURÍGENOS POSTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI FEDERAL. 1. O Estado, sem se desincumbir de seu ônus constitucional, possibilitou que empresas privadas, sob sua regulamentação, fiscalização e controle (ANS), prestassem a assistência à saúde de forma paralela, no intuito de

quando seus usuários utilizam procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais públicos. De acordo com o voto do Ministro Marco Aurélio, relator da ação, não pode o poder público ser onerado com uma responsabilidade que, de fato, incumbe à operadora de planos de saúde. Admitir tal hipótese seria aceitar a possibilidade de enriquecimento indevido por parte das operadoras e mais, enriquecimento indevido às custas do poder público. Vale a leitura dos seguintes parágrafos do voto no Ministro Marco Aurélio:

*O artigo 32 da Lei nº 9.656/1998 prevê o ressarcimento, por planos de saúde, de despesas relativas a serviços de atendimento aos respectivos consumidores, previstos nos contratos, prestados por entidades do Sistema Único de Saúde.*

*Sob o ângulo formal, o dispositivo é compatível com a Constituição. A regra não implica a criação de nova fonte de receitas para seguridade social, nos termos do artigo 195, § 4º, da Lei Maior, mas, sim, consiste em desdobramento da relação contratual entabulada em ambiente regulado. Atentem para a dinâmica do ressarcimento. Criou-se mecanismo assecuratório da completude do sistema. A atividade dos planos de saúde, embora lucrativa, satisfaz o interesse coletivo de concretização do direito à saúde, incrementando os meios de atendimento à população.*

***Essa distribuição, contudo, não comporta distorções e desequilíbrios, tais como os decorrentes da sobrecarga do Sistema Único de Saúde com consumidores contratualmente amparados pela iniciativa privada. A lógica é inversa à preconizada no preceito constitucional tido por violado: o reembolso decorre de falha na execução da avença relativa ao plano de saúde, e não da necessidade de aumento das receitas da seguridade social.***

compartilhar os custos e os riscos a fim de otimizar o mandamento constitucional. 2. A cobrança disciplinada no art. 32 da Lei 9.656/98 ostenta natureza jurídica indenizatória ex lege (receita originária), sendo inaplicáveis as disposições constitucionais concernentes às limitações estatais ao poder de tributar, entre elas a necessidade de edição de lei complementar. 3. Observada a cobertura contratual entre os cidadãos-usuários e as operadoras de planos de saúde, além dos limites mínimo (praticado pelo SUS) e máximo (valores de mercado pagos pelas operadoras de planos de saúde), tal ressarcimento é compatível com a permissão constitucional contida no art. 199 da Carta Maior. 4. A possibilidade de as operadoras de planos de saúde ofertarem impugnação (e recurso, atualmente), em prazo razoável e antes da cobrança administrativa e da inscrição em dívida ativa, sendo-lhes permitido suscitar matérias administrativas ou técnicas de defesa, cumpre o mandamento constitucional do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. 5. O ressarcimento previsto na norma do art. 32 da Lei 9.656/98 é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS posteriores a 4.6.1998, desde que assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os interstícios amparados por sucessivas reedições de medidas provisórias." (RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgamento em 07/02/2018, Tribunal Pleno).

***Dai se extrai não ter sido o ressarcimento instituído para custear a seguridade social, mas para recompor despesas públicas atribuídos aos atores privados.***

*A análise da natureza do ressarcimento evidencia também a conformidade do preceito com o devido processo legal substantivo. De início, saliento que o diploma não confere tratamento desigual entre cidadãos com e sem plano de saúde. A nenhuma pessoa será negado tratamento em hospital público, considerada a universalidade do sistema.*

***Porém, se o Poder Público atende a particular em virtude de situação incluída na cobertura contratual, deve o Sistema Único de Saúde ser ressarcido, tal como faria o plano de saúde em se tratando de hospital privado.***

*A ressaltar essa óptica, rememorem a natureza do negócio jurídico, no que assegura ao contratante a eventual prestação de serviço médico.*

*Não há o fornecimento do serviço em si, mas, tão somente, a garantia conferida pelo operador de que, quando o atendimento se fizer necessário, será proporcionado pela própria rede credenciada, ou ressarcido em proveito do usuário. Está-se diante de contrato a garantir cobertura de eventuais despesas, no qual o contratante do plano substitui, mediante o pagamento de mensalidade à operadora, o risco individual por espécie de risco coletivo.*

*Não se trata de contrato de natureza comutativa, em que o desembolso financeiro realizado pelo segurado corresponda exatamente a uma prestação. O elemento típico a reger os contratos é a aleatoriedade, a revelar que o contratante desembolsa mensalidade sem saber ao certo se e quando utilizará a assistência médico-hospitalar. Essas características levam à conclusão de serem as atividades desenvolvidas pelas operadoras de planos de saúde assemelhadas a contrato de seguro.*

***Indaga-se: 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.”<sup>31</sup>.*

Nesse caso o Supremo Tribunal Federal reconhece que o mercado de planos de saúde, que se estabelece pela relação entre as operadoras e os beneficiários, não pode transferir custos ao poder público, pelos serviços que deveriam ser remunerados pelas operadoras.

Trata-se, portanto, de um precedente extremamente relevante para a solução da controvérsia sobre a qual versa esta consulta. A transferência de encargos para o poder público que deveriam ser internalizados pelas operadoras de serviço de saúde gera uma forma de apropriação de recursos públicos pela entidade privada, sem o devido ressarcimento, onerando indevidamente o Estado.

No caso do mercado de tabaco, ainda que tomando em conta as distinções de natureza entre os serviços de seguro de saúde prestados pelas operadoras e fornecimento de agente viciante e provocador de malefícios pela indústria de tabaco, também é possível afirmar que ocorre uma transferência de custos sociais do negócio para o poder público. Nenhuma das partes envolvidas no mercado de tabaco incorpora os custos sociais de suas transações, com exceção daqueles consumidores que buscam tratamento para as doenças tabaco relacionadas no sistema privado de saúde.

A indústria do tabaco merece uma atenção especial, quando estamos discutindo a necessidade de ressarcimento pelos malefícios causados por suas atividades. Não se trata de uma simples atividade de risco, mas sim de produção e comercialização de produto que causa adição e malefícios à saúde. Esses não são fatos controversos, ou objeto de disputa. Além de amplamente comprovados por pesquisas científicas, a natureza danosa do consumo do tabaco já foi reconhecida pelo nosso ordenamento jurídico.

---

<sup>31</sup> Voto do min. Marco Aurélio, ADI 1931, rel. min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julg. 07.02.2018.

Conforme disposto pelo artigo 220, parágrafo 4º, da Constituição Federal, "a propaganda comercial de tabaco... conterá, sempre que necessário, advertência sobre seus malefícios". Ou seja, a Constituição de 1988 estabelece que o consumo de tabaco acarreta malefícios.

Para além dos dispositivos que estabelecem responsabilidade civil das empresas fabricantes de cigarros, existe previsão legal específica determinando a possibilidade de exigência de reembolso pelos gastos realizados pela União para tratar doenças resultantes do produto fabricado e comercializado pelas referidas empresas.

Trata-se de decorrência direta do compromisso de compensação previsto no artigo 19 da Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, segundo o qual:

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.

A Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco foi devidamente incorporada na ordem jurídica brasileira e, como tratado de direitos humanos em matéria de saúde pública, tem status supralegal.

Para que sejam incorporados ao direito brasileiro, os tratados internacionais assinados pelo Presidente da República (art. 84, VIII, Constituição Federal) devem ser aprovados pelo Congresso Nacional (art. 49, I, Constituição Federal), ratificados por meio da celebração definitiva do tratado e, por fim, promulgados por meio da edição de Decreto Presidencial.

A Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco ultrapassou todas as referidas etapas: foi aprovada pelo Congresso Nacional em 27 de outubro de 2005, ratificada em 3 de novembro de

2005 e promulgada em 2 de janeiro de 2006, com a edição do Decreto nº 5.658/06, quando passou a ser válida internamente.

De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, tratados internacionais em geral integram a ordem jurídico-constitucional com status normativo de lei ordinária federal<sup>32</sup>.

Contudo, tratados de direitos humanos possuem tratamento especial. Quando submetidos ao rito do art. 5º, §3º da Constituição Federal, ou seja, aprovados pelo quórum exigido para a aprovação de emendas constitucionais, os tratados de direitos humanos terão hierarquia de norma constitucional. Caso não se submetam a esse processo, terão hierarquia supralegal.

Da equivalência do status normativo entre tratados em geral e leis ordinárias federais decorre que eventuais antinomias devem ser resolvidas com a aplicação dos critérios de cronologia e especialidade<sup>33</sup>.

Já os tratados de direitos humanos, com status constitucional ou supralegal, conforme o processo de ratificação e internalização das obrigações estabelecidas pelo tratado, estabelecem um outro tipo de relacionamento com o direito doméstico. Quando houver uma eventual antinomia entre tratado de direitos humano e norma ordinária, têm os tratados prevalência, tornando-se inaplicável a legislação ordinária que lhe seja conflitante, seja ela posterior ou anterior à adesão. Assim entende o Supremo Tribunal Federal:

“(... ) os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema

<sup>32</sup> ADI-MC 1.480, rel. min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. 07.09.1997.

<sup>33</sup> Por exemplo, RE 636.331, rel. min. Gilmar Mendes, julg. 25.05.2017.

de proteção dos direitos da pessoa humana. (...) O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.<sup>34</sup>

Por envolver matéria de direitos humanos e não ter sido submetida ao rito do art. 5º, §3º, da Constituição Federal, a Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco tem hierarquia supralegal.

Da descrição acima conclui-se que as normas previstas na Convenção são válidas e eficazes no direito brasileiro e, para além disso, em decorrência de seu caráter supralegal, as obrigações nela previstas persistem independentemente de eventual edição de lei em sentido contrário.

A via jurisdicional é uma das tantas formas de tornar efetivo o mandamento previsto no artigo 19 da Convenção-Quadro, visando à compensação dos custos sociais causados pelas atividades lucrativas das empresas de tabaco.

O argumento de ausência de legislação doméstica prevendo a hipótese de ressarcimento por via judicial não prevalece, pois, a suposta lacuna foi devidamente preenchida no momento em que o Estado brasileiro incorporou ao seu sistema jurídico a Convenção-Quadro. Não há, portanto, ausência de legislação prevendo a tutela judicial como forma de se buscar a compensação. Afinal, como definido pelo artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais – como o art. 19 da Convenção - têm aplicabilidade imediata.

Além disso, o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, da qual o Brasil também é parte, determina que nenhum Estado pactuante pode invocar as disposições de seu

---

<sup>34</sup> Recurso Extraordinário 466343, rel. min. Cezar Peluso, julg. 03.12.2008, voto do min. Gilmar Mendes, p.1154.

direito interno – como, por exemplo, ausência de regulamentação de determinado procedimento - para justificar o inadimplemento de um tratado.

Em resumo, a atividade de manufatura e comercialização de tabaco gera, por intermédio daquilo que é produzido e comercializado, efeitos maléficos à saúde dos seus consumidores. Logo, o dano já está juridicamente presumido. Esse dano direto à saúde das pessoas que consomem cigarros e buscam os serviços públicos de saúde para o tratamento de doenças relacionadas ao tabaco gera um dano reflexo ao patrimônio público pois, como anteriormente demonstrado, a universalidade do direito à saúde reconhecido pela Constituição impõe ao Estado a obrigação de arcar com os custos negativos do mercado de tabaco. Esses gastos desproporcionais com o tratamento de doenças tabaco relacionadas geram uma restrição indevida de recursos para o tratamento dos demais beneficiários do sistema público de saúde. Nesse sentido contribuem para a violação do direito à saúde.

O fato de ser a atividade autorizada pelo ordenamento jurídico não a exime de arcar com os custos negativos de sua operação. Em face do reconhecimento jurídico de natureza danosa do tabaco sobre os seres humanos, tanto pela Constituição, como pela Convenção Quadro para o Controle do Tabaco - que tem natureza supralegal conforme reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – é juridicamente imperativo que o mercado de tabaco internalize suas externalidades negativas, pois, senão, teríamos um caso de enriquecimento indevido, às custas do patrimônio público.

O argumento de que os consumidores também contribuem para os danos a eles provocados pelo consumo do tabaco, além de contestável na medida em que é produto que causa adição, não exime o mercado tabagista da responsabilidade de ressarcir os custos que são realizados pelo sistema público de saúde no tratamento daqueles que consomem o cigarro e adoecem em decorrência disso. Os gastos da indústria com o ressarcimento serão necessariamente repassados aos consumidores, por intermédio do preço, o que pode gerar uma externalidade agora positiva, com a eventual queda do consumo de tabaco.

Como ficou demonstrado de maneira cristalina na ação judicial interposta pela Advocacia Geral da União contra a indústria de tabaco, o objetivo não é a reparação do dano causado ao usuário do tabaco, mas sim ao ente público que, por determinação constitucional, se vê obrigado a despende recursos desproporcionais com o atendimento e tratamento daquele que adoeceu em função do consumo de tabaco.

### § 3º - Indisponibilidade do interesse público

O poder público não pode abrir mão de buscar ressarcimento de um dano que foi imposto ao seu patrimônio. Essa obrigação decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Como aponta Celso Antonio Bandeira de Mello:

"A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público -, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O órgão administrativo que o representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*"<sup>35</sup>.

Como aponta Cime Lima, citado por Celso Antonio Bandeira de Mello, a relação do administrador público com o patrimônio que está sob sua custódia, em muito se distingue da relação que uma pessoa comum tem com o seu próprio patrimônio. Enquanto a característica fundamental da propriedade privada é a sua disponibilidade, que fica à mercê da vontade de seu proprietário, o patrimônio público está gravado com uma função que lhe é determinada pelo direito.

---

<sup>35</sup> "Curso de Direito Administrativo", Malheiros, 28ª. edição, 2010, p 74.

A relação do proprietário com o objeto de sua propriedade é de poder, sendo facultado ao proprietário dela fruir, dispor ou alienar. A relação do administrador com o patrimônio público é de dever. O patrimônio não lhe pertence. É da coletividade, incumbindo apenas ao administrador gerir o patrimônio público, de forma a dar-lhe a destinação que foi atribuída pelo direito. Só assim, atenderá ao interesse público.

Nesse sentido, acerta o Ministro Herman Benjamin, ao determinar que:

"Na gestão e controle dos bens públicos impera o princípio da indisponibilidade, o que significa dizer que eventual inércia ou conivência do servidor público de plantão (inclusive com o recebimento de "aluguel") não tem o condão de, pela porta dos fundos da omissão e do consentimento tácito, autorizar aquilo que, pela porta da frente, seria ilegal, caracterizando, em vez disso, ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992), que como tal deve ser tratado e reprimido"<sup>35</sup>.

Mas o que significa interesse público? Por que o interesse público pode reivindicar alguma primazia sobre o interesse privado, a ponto de ser considerado indisponível?

Não se trata, aqui, de assumir uma antiga doutrina da supremacia do interesse público, como aquela expressa pelo velho direito administrativo de matriz autocrática, que por natureza é indisponível. Um conceito meramente retórico, forjado com o objetivo de dar ao Estado primazia sobre os direitos dos indivíduos.

Como sustenta a doutrina mais recente do direito administrativo, seria um equívoco tomar o princípio da supremacia do interesse público como um elemento de prevalência apriorístico, que triunfa sempre sobre os interesses de natureza privada, simplesmente ao ser invocado pela administração pública.

---

<sup>35</sup> Resp 808.708/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/08/2009, DJe 04/05/2011.

O primeiro equívoco que se deve evitar neste debate é não confundir interesse público com interesse do administrador. Esse é mero gestor que deve operar para atender, por intermédio dos instrumentos que lhe foram disponibilizados, os fins determinados pelo direito. Logo, não é o administrador que define o interesse público, mas sim a lei.

O segundo equívoco a ser evitado é não confundir o interesse público com um interesse autônomo do Estado, que reivindica imperativamente sobrepor-se sobre o interesse privado. A ideia de interesse público apenas faz sentido dentro de um Estado democrático de direito, quando é entendida como uma função dos direitos dos indivíduos a que a administração pública tem por obrigação respeitar e por responsabilidade promover.

Um terceiro equívoco, conectado ao anterior, seria confundir interesses manifestos pela administração, muitas vezes articulados não com o atendimento dos interesses da coletividade, mas apenas em benefício daqueles que ocupam a máquina pública, com o autêntico interesse público.

O interesse público apenas se manifesta como categoria jurídica legítima quando ele é a representação, legalmente estabelecida, dos interesses dos sujeitos de direito que compõe a comunidade. Mais uma vez tomando emprestado a doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello, só temos autêntico interesse público quando este for:

“... resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”<sup>37</sup>.

Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques propõe que princípio da supremacia do interesse público passe a ser compreendido como princípio da prevalência do interesse público, com forte inspiração na teoria da ponderação de princípios oriundas do direito Constitucional. Para Azevedo

---

<sup>37</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello, *op. cit.*, p. 61.

Marques, o princípio da prevalência do interesse público deveria estar desdobrado em três subprincípios:

"I) o da interdição do atendimento de interesses particularíssimos (v.g., aqueles desprovidos de amplitude coletiva, transindividual; II) a obrigatoriedade de ponderação de todos os interesses públicos enredados no caso específico; III) a imprescindibilidade de explicitação de razões de atendimento de um interesse público em detrimento dos demais."<sup>38</sup>

Se quisermos dar um passo além, trazendo a discussão para o campo propriamente constitucional, em sentido estrito, a reivindicação de primazia ou supremacia só se demonstra legítima, dentro de um Estado democrático de direito, quando ela se apresenta como uma função dos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição.

Somente nesses casos, em que o interesse público é identificado com a garantia e a promoção dos direitos fundamentais, ele pode pretender se sobrepor, ainda que *a priori*, a outros interesses existentes na sociedade, mas que não foram reconhecidos como direitos fundamentais; ou, ainda que tenham sido reconhecidos como direitos pela Constituição, pela configuração normativa determinada pelo texto constitucional, fica claro como resolver a eventual tensão entre esses direitos.

No caso em tela temos a tensão entre o interesse público do Estado em ver ressarcido os gastos realizados pelo sistema público de saúde no tratamento das doenças relacionadas ao consumo de cigarro e, de outro, o interesse privado da indústria de tabaco de não internalizar os custos sociais decorrentes do mercado tabagista.

O interesse público tem como fundamento o direito à saúde da coletividade. Por sua vez o interesse privado reivindica lastrear-se no direito à propriedade ou mesmo a livre iniciativa. Pode-

---

<sup>38</sup> "Regulação Estatal e Interesse Público", p. 165.

se reivindicar que a administração também estaria vinculada a perseguir a proteção ao direito à propriedade. Portanto, teríamos um confronto entre dois interesses públicos. De um lado o interesse em proteção da saúde e de outro o de proteção à propriedade.

Essa postulação, que nos obrigaria a engajar num processo de ponderação de princípios, é falaciosa, no entanto. E para isso basta que analisemos de forma um pouco mais detida a configuração do enunciado normativo que dispõe sobre o direito à propriedade ou ainda aquele que estrutura nossa ordem econômica.

O direito à propriedade privada, assim como o exercício da livre iniciativa, está condicionado à realização de sua "função social". Essa é uma condicionante interna ao próprio exercício desse direito. Ninguém pode reivindicar o legítimo exercício do direito à propriedade, quando essa não estiver contribuindo socialmente. Assim, embora a propriedade seja um direito fundamental, tal como a liberdade de agir economicamente, para que possam ser asseguradas constitucionalmente, ambas precisam realizar a sua função social, que está associada a promoção de outros valores assegurados pela Constituição, como a "dignidade humana" e a "justiça social".

É isso que determina tanto o artigo 5º., XXIII, como o artigo 170, III da Constituição Federal. Mais do que isso, a Constituição Federal estabelece que a "ordem econômica, fundada no trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social..." Ou seja, a ordem econômica além de não ser um fim em si, para que possa ser considerada uma atividade constitucionalmente legítima deve ser capaz de promover "a existência digna", em conformidade com os "ditames da justiça social".

Percebe-se, dessa maneira, que ao desenhar nossa ordem econômica e assegurar o direito à propriedade, o constituinte de 1988 – neste quesito alinhado com as constituições precedentes, desde 1934 – condicionou internamente esse direito ao atendimento de outros interesses de natureza social protegidos pela Constituição Federal.

Retornamos, assim, ao ponto central desta consulta. O sistema público de saúde é uma função do direito fundamental à saúde, tal como previsto no artigo 196 da Constituição Federal. O direito

à saúde é um direito fundamental de natureza universal, diretamente relacionado ao direito a uma vida digna, como vimos anteriormente, a que o Estado tem o dever de assegurar, por meio de "políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença... e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação".

Para cumprir suas obrigações em relação ao direito à saúde, o Estado deve organizar o serviço de saúde, o que significa, inclusive, prever o seu financiamento (artigo 198). Ao fazê-lo, o Estado está atendendo ao interesse público em sentido estrito. A sua ação ou conjunto de ações, corporificadas numa política de interesse público ou numa política pública, está endereçada à realização de um direito fundamental de toda a população, indistintamente. E por essa razão e com esses fundamentos deve ser tratada como um interesse público prevalente e indisponível.

Não pode o administrador público deixar de se conduzir de maneira diligente e eficiente para perseguir o mandato que lhe foi atribuindo para a concretização dos direitos fundamentais que tem por obrigação custodiar. Daí nossa reivindicação de que o interesse público que representa a promoção do direito à saúde da comunidade não pode ser disponibilizado pela administração pública. Ela não pode abrir mão de algo que não lhe pertence. Os direitos são das pessoas, não do administrador. Ao poder público cumpre a obrigação de prestar os serviços que são correlatos e indispensáveis à realização desses direitos.

Quando o mercado de tabaco não internaliza os seus custos sociais, mais especificamente os custos com os tratamentos de doenças decorrentes do consumo de tabaco, que serão em grande medida absorvidos pelo sistema público, dada a sua natureza universal, um dano é imposto ao restante da coletividade.

Movido pela obrigação de prover a todos "o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação", o poder público internaliza custos sociais que derivam do mercado de tabaco, aumentando a escassez de recursos para o devido provimento de serviços de saúde. Com isso ficam prejudicadas as políticas de saúde devidas ao restante da população, inclusive a população de criação e adolescentes que são sujeitos de direito que têm prioridade sobre os direitos do restante da comunidade.

É absolutamente imperativo que o poder público exija ser ressarcido pelos gastos com o tratamento de doenças decorrentes do consumo de cigarro. Trata-se de um interesse público em sentido estrito, que não se dispõe com outro interesse público, nem ao menos com um interesse privado protegido como direito fundamental.

Como amplamente demonstrado pela ciência e reconhecido pelo direito brasileiro, o consumo de cigarros faz mal à saúde. Se é fato que o constituinte não proibiu o mercado de tabaco, assim como de outras drogas, como o álcool, isso não significa que aqueles que participam do mercado, seja como produtores, comerciantes ou consumidores não devam arcar com suas externalidades.

Como vimos, ao analisar a legislação ambiental, assim como as obrigações internacionalmente assumidas pelo Brasil ao ratificar a Convenção Quadro para o Controle do Tabaco, o poder público tem a faculdade e, no caso, o legítimo interesse em buscar ressarcimento decorrentes de uma atividade que causa danos, independente da licitude desta atividade. Logo não há obstáculo jurídico que proíba o poder público a buscar reaver o indevidamente despendido com a internalização dos custos decorrente do mercado de tabaco.

A promoção do direito à saúde é um interesse público indisponível e, portanto, é impositivo ao Estado brasileiro a tomada de medidas para que os custos sociais, mormente sobre o sistema de saúde nacional, decorrentes da atividade das empresas tabagistas sejam por elas internalizados. Um dos mecanismos que o Estado brasileiro pode/deve utilizar para produzir a internalização desse custo pelas empresas é a ação de responsabilização das empresas pelos danos coletivos e difusos produzidos por seus produtos.

## Segunda Seção – Responsabilidades e danos

Esta seção tem por objetivo apresentar os fundamentos de fato e de direito que dão sustentação à demanda de responsabilização das empresas fabricantes de cigarros pelos danos coletivos e difusos produzidos por sua atividade empresarial de fabricação e comercialização do cigarro.

Os fatos imputados aos fabricantes e seus respectivos efeitos jurídicos decorrentes dos fatos são, em um breve resumo, os apresentados logo abaixo:

- a) A colocação do produto no mercado capaz de ensejar responsabilidade objetiva por ato lícito nos termos dos arts 927, § único e 931, CC/02 (responsabilidade por risco-criado/risco-proveito).

Aqui parece-nos ser possível justificar a responsabilidade objetiva tendo em vista especial qualificação jurídica atribuída pelo ordenamento jurídico à relação existente entre **vítima e responsável pelo risco**, relação decorrente das normas jurídicas que impõem deveres de solidariedade<sup>39</sup>. Se a expressão “ser obrigado a” remete-nos ao campo individual, pois, segundo Kelsen, não se pode estar obrigado a realizar senão uma conduta própria, a expressão “ser responsável por” pode enviar-nos tanto ao campo individual como ao coletivo, pois, ainda de acordo com Kelsen, é possível alguém ser responsável não só por ato próprio<sup>40</sup>. Trata-se não de

---

<sup>39</sup> Questão semelhante a essa é a da atribuição de deveres positivos de auxílio, no âmbito do direito penal, quando se justifica que sua existência “não provém do *status* geral da pessoa, mas de uma relação especial, v.g. da relação entre funcionário público e cidadão, pais e filhos, médico e paciente, etc.” (JAKOBS, Günther. *Ação e omissão no direito penal*. São Paulo: Manole, 2003, p. 25).

<sup>40</sup> KELSEN, Hans. *La dottrina pura del diritto*. p. 144.

responsabilidade por ato próprio, mas por fatos "internos" à dada estrutura social<sup>41</sup> na qual se insere determinada atividade econômica.

b) Omissão intencional de informações sobre composição e efeitos do produto fabricado (efeito aditivo e efeito lesivo) capaz de gerar responsabilidade subjetiva por ato ilícito nos termos dos arts. 186, CC/02 (Dolo).

c) Manipulação do debate público de forma a ampliar a desinformação sobre os efeitos nocivos do produto fabricado suficiente para produzir responsabilidade subjetiva por ato ilícito nos termos dos arts. 186, CC/02 (Dolo)

Acerca dessas duas formas de agir cabe destacar que ainda que se sustente que os consumidores de cigarro mesmo se e/ou quando informados adequadamente sobre riscos do consumo do produto (tanto no que diz respeito ao desenvolvimento de dependência química quanto ao que diz respeito ao desenvolvimento de inúmeras doenças resultantes do tabagismo) optam/riam por começar e/ou por continuar a fumar teríamos hipótese de dolo accidental que ainda impõe o dever de indenizar nos termos do art. 146, CC/02.

d) Violação do dever de adoção de medidas tecnológicas que reduzam os riscos à saúde resultantes do consumo do cigarro (art. 2º, §2º, Lei 8080/90) suficiente a produzir responsabilidade subjetiva por ato ilícito nos termos do art. 187, CC/02.

Isso porque, se nos termos da legislação constitucional a livre iniciativa, como um dos fundamentos da ordem econômica, não pode ser compreendida como um poder de atuação que possa ser exercida de forma a confrontar a finalidade dessa mesma ordem, qual seja, assegurar a existência digna de todos, também na legislação infraconstitucional se verifica essa delimitação dos termos de exercício desse poder de atuação no âmbito econômico, tanto assim que o art. 187,

<sup>41</sup> REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*, 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 74.

CC/02, estabelece que "comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social", ora, pela análise do texto constitucional resta claro que a finalidade que delimita o exercício da livre iniciativa é a preservação e garantia da vida digna de todos.

Sendo assim resta claro que aquele que no exercício de sua liberdade de iniciativa econômica desenvolve, fabrica e a comercializa produtos que geram adição em seus usuários desvia-se dos fins para os quais esse poder lhe foi concedido, em outras palavras, excede manifestamente os limites impostos pela finalidade econômico-social para a qual tal poder lhe foi concedido. O mesmo ocorre se no exercício dessa liberdade decide não só não reduzir como ampliar tais efeitos aditivos de seu produto. Igualmente configura-se ato ilícito a fabricação desse produto sem o cumprimento dos ditames do art. 2º, §2º, Lei 8080/90, ou seja, sem visar a redução e/ou a eliminação de riscos associados ao seu uso, sejam os riscos relativos ao desenvolvimento de síndrome de dependência pelos usuários<sup>42</sup>, sejam os riscos relativos ao desenvolvimento das várias doenças resultantes do tabagismo. Por todo o exposto resta claro que, nos termos do art. 187, CC/02 as condutas das empresas neste caso configuram-se como atos ilícitos.

O juízo de imputação de responsabilidade realizado neste parecer será realizado tomando por suporte enunciados de fatos (relativos à atuação das fabricantes de cigarros tanto durante o processo de concepção e produção quanto no processo de comercialização e distribuição de seus produtos) e assumindo-se que tais fatos ocorreram da forma idêntica em nosso país e/ou tiveram repercussão direta sobre a produção/comercialização do produto em nosso país.

A ocorrência de tais fatos está narrada em um conjunto variado de fontes. Dentre elas, duas merecem especial destaque pela sua importância:

---

<sup>42</sup> A CID-10 considera o fumante como portador da síndrome de dependência, patologia caracterizada como *transtorno mental e comportamental devido ao uso de fumo* (CID 10: F17.2).

A primeira fonte é conhecida como "The Cigarette Papers"<sup>43</sup> e corresponde a edição conjunta de 4000 (quatro mil) páginas de documentos internos da empresa Brown and Williamson Tobacco Corporation (controlada pela British American Tobacco) entregues anonimamente, em maio de 1994, ao professor Stanton Glantz da Universidade da Califórnia em São Francisco, somados a outros materiais dessa mesma empresa obtidos pelo Subcomitê Parlamentar de Saúde e Ambiente (House of Representatives Subcommittee on Health and the Environment).

A segunda fonte é também uma edição de milhares de documentos internos de várias empresas do setor (Liggett, Philip Morris, British American Tobacco, etc) tomados públicos em processos judiciais ou por vazamentos de funcionários e/ou ex-funcionários, publicada pela Organização Mundial da Saúde, em 2004, com o título "Tobacco Explained...The truth about the tobacco industry...in its own words"<sup>44</sup>.

### § 1º - A responsabilidade civil por ato lícito: âmbito de risco e dano indenizável nas atividades econômicas

Nos termos do art. 931, CC/02 temos que as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

Note-se, portanto, que em explicitando não ser a culpa o critério de imputação o dispositivo serve como forma de especificação da responsabilidade fundada no risco, ou seja, o art. 931 acaba por uma regra especificadora da cláusula geral presente no art. 927, parágrafo único, CC/02.

---

<sup>43</sup> GLANTZ, Stanton A. SLADE, John. BERO, Lisa A. HANAUER, Peter and BARNES, Deborah E. (editors), The Cigarette Papers. Berkeley: University of California Press, 1996. Disponível em <http://ark.cdlib.org/ark:/13030/ft8489p25/>. Acesso em 20/01/19.

<sup>44</sup> Compilação e organização de informações internas das empresas fabricantes de cigarro originalmente editado por Clive Bates e Andy Rowell, membros Action on Smoking and health (ASH) e, posteriormente, adotado pela Organização Mundial da Saúde (WHO Tobacco Control Papers). Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Acesso em: 20/01/19

Mas se poderia sustentar que, caso presente, não é a atividade de fabricação/comercialização de cigarro a atividade originadora do risco, mas sim o ato de consumir o produto. Ocorre que a responsabilidade por "âmbito de risco" da atividade do art. 927, parágrafo único do CC/02, não pode ser compreendida, como pretendem alguns<sup>45</sup>, como responsabilidade pela atividade perigosa nos termos do art. 2050 do Código Civil italiano, por duas razões fundamentais.

A primeira delas é que, embora o art. 963, parágrafo único do anteprojeto reproduzisse a dicção do referido artigo do Código Civil italiano com sua menção a possibilidade de exoneração da responsabilidade salvo se "comprovado o emprego de medidas tecnicamente adequadas"<sup>46</sup>, é forçoso notar que o dispositivo legal aprovado – o atual art. 927, parágrafo único – não manteve essa dicção que o transformaria, por força da atuação daquela excludente, numa mera norma cuja imputação depende da análise da conduta desenvolvida pelo empresário, ou seja, uma responsabilidade subjetiva baseada na "presunção de culpa". Mas não é isso que temos no dispositivo aprovado, mas sim verdadeira regra de imputação de responsabilidade objetiva que impõe o dever de indenizar sempre que a "atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem<sup>47</sup>", logo resta claro que o foco da imputação não é a atividade da empresa entendida apenas como encadeamento de condutas de atos coordenados em relação à uma finalidade comum, mas entendida como estrutura<sup>48</sup> de encadeamento de riscos à direitos mobilizados em relação a obtenção de um fim.

<sup>45</sup> Teresa Ancona Lopez, *op. cit.*, p. 58.

<sup>46</sup> Que consistia na tradução literal da parte final do dispositivo italiano: "di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno".

<sup>47</sup> Cabe sublinhar que a emenda ao anteprojeto que propôs a supressão do motivo de exclusão (emenda 526) foi aditada por subemenda (subemenda 28) na qual foi proposta a supressão da palavra "grande" antes do termo "risco". Isso nos permite concluir que o "âmbito de risco" abrangido pela norma como fator de imputação não deve ser delimitado pelo fato do risco ser maior ou menor (em termos de probabilidade), mas sim em razão dos direitos em jogo, sendo riscos ao direito à saúde de outrem, por exemplo, menos toleráveis do que riscos ao direito de propriedade de outrem.

<sup>48</sup> De acordo com Miguel Reale no presente sistema normativo do CC/02 a "teoria do risco", geralmente invocada para a conceituação da 'responsabilidade objetiva', foi combinada com 'a idéia de 'estrutura', de conformidade com o que expliquei na Introdução ao volume editado, em 1984, pelo Ministério da Justiça, dando conhecimento da análise feita, por todos os membros da 'Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil', das 1.069 emendas oferecidas pela Câmara dos Deputados ao Projeto a ela enviado, em 1975" ("Emendas absurdas ao Código Civil", 26/04/2003, in: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/absnCodigoCivil.htm>. Acesso em 02/01/19)

Nesse sentido, Miguel Reale que, ao comentar as possibilidades presentes no Código Civil de 2002, atestou que "se aquele que atua na vida jurídica desencadeia uma estrutura social que, por sua própria natureza, é capaz de pôr em risco os interesses e os direitos alheios, a sua responsabilidade passa a ser objetiva e não mais apenas subjetiva"<sup>49</sup>.

A segunda é a interação entre o artigo 927, parágrafo único, e o art. 931 (esse sem nenhum dispositivo semelhante no CC italiano de 1942). Aqui se demonstra que a noção de "âmbito de risco" inclui a fase de pós-produção (colocação do produto no mercado). Ora, é absolutamente coerente com a noção de atividade como estrutura de riscos<sup>50</sup> que todas as fases de uma atividade empresarial compreendida da fase de pré-produção (projeto do produto) passando pela fase de produção e abarcando a fase de pós-produção (colocação do produto no mercado) sejam consideradas para a investigação do "âmbito de risco" imputável ao agente econômico.

Trata-se aqui de responsabilidade decorrente de dano surgido dentro do "âmbito de risco" imputável à atividade empresarial. Não se trata aqui de responsabilidade fundada no "defeito" nos termos das regras presentes no CDC, pois o defeito ainda que seja um fato obviamente abrangido pelo "âmbito de risco" da atividade de projeção, fabricação e comercialização de produtos, não é o "único" fato abrangido por esse âmbito e, portanto, não é o único suporte fático a atrair a imputação de responsabilidade dos agentes econômicos em razão de suas atividades<sup>51</sup>. Tanto assim que, por exemplo, as regras de imputação de responsabilidade objetiva criadas pelo art. 14, § 1º da lei 6938/81 ao estabelecerem a responsabilidade por danos ambientais, igualmente afastam a culpa como fator mediador de imputação e não incluem nada semelhante a um "defeito"

<sup>49</sup>"O projeto de Código Civil - situação atual e seus problemas fundamentais", São Paulo: Saraiva, 1986, p. 10.

<sup>50</sup>"Pois bem, quando a estrutura ou natureza de um negócio jurídico, como o de transporte ou de trabalho, só para lembrar os exemplos mais conhecidos, implica a existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida, impõe-se a responsabilidade objetiva de quem dela tira proveito, haja ou não culpa." ("Emendas absurdas ao Código Civil", 26/04/2003, in:<http://www.miguelreale.com.br/artigos/absnCodigoCivil.htm>. Acesso em 02/01/19)

<sup>51</sup>De acordo com o enunciado 42 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal tem-se que o art. 931 do CÓDIGO CIVIL "amplia o conceito de fato do produto existente no CDC art. 12, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos". Com isso, imperioso concluir que a noção de "fato do produto" está contida na noção de "âmbito de risco" e, portanto, por essa razão aquela hipótese fática é apenas uma entre várias hipóteses possíveis para a incidência da norma de imputação contida no art. 931,CC/02.

de concepção/planejamento da atividade ou mesmo um "defeito" de funcionamento. Trata-se de, assim como no art. 931, CC/02, uma responsabilidade que possui o risco da atividade como fator mediador de imputação.

A ressalva a "outros casos previstos em lei especial" não deve ser tomada como indicação de que há remissão a legislação especial do CDC para casos em que o dano decorre de "fato do produto"<sup>52</sup>. O que há é a menção de que a não ser que exista norma estabelecendo de forma diversa os empresários individuais e as empresas (sociedades empresárias) respondem em qualquer situação pelos danos causados pelos produtos postos em circulação independentemente de terem agido com culpa, isto é, o CC/02 estabelece que somente haverá responsabilidade subjetiva aplicável às estruturas empresarias em razão de danos decorrentes da circulação de produtos se houver regra específica assim disposta e em não havendo o modelo de imputação de responsabilidade será "objetivo". Esse dispositivo associada à cláusula geral do art. 927, parágrafo único, deixa claro que o fator de imputação geral na responsabilidade objetiva tem como base a consideração sobre a conexão entre danos a direitos de outrem e o âmbito normal de risco da atividade empresarial em questão. Nesse sentido, como já apontado, o modelo de imputação da "responsabilidade por defeito do produto" assume como hipótese fática apenas um tipo de fato (defeito) que está contido num conjunto, mas obviamente não esgota o conjunto de fatos que podem levar a responsabilização a partir do modelo de imputação criado pelos arts. 927, parágrafo único, e 931 do CC/02<sup>53</sup>.

Portanto, se o produto é fabricado de forma a gerar mais riscos e produzir mais danos do que causaria se fosse produzido de maneira diferente: temos aqui um produto perigoso por defeito de criação? Note-se que no caso do cigarro há decisões conscientes por trás da ampliação do poder

<sup>52</sup> Como pensa, por exemplo, Teresa Ancona Lopez, "Nexo causal e produtos potencialmente nocivos", p. 49.

<sup>53</sup> Conforme já destacado antes temos que de acordo com o enunciado 42 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal tem-se que o art. 931 do Código Civil "amplia o conceito de fato do produto existente no CDC art. 12, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos". Com isso, imperioso concluir que a noção de "fato do produto" está contida na noção de "âmbito de risco" e, portanto, por essa razão aquela hipótese fática é apenas uma entre várias hipóteses possíveis para a incidência da norma de imputação contida no art. 931, CC/02.

viciante do uso de substâncias químicas e desenho do produto que ampliam o risco do fumante desenvolver doenças. Os chamados riscos normais e previsíveis do produto são aqueles aos quais a empresa decide expor o consumidor do seu produto ou é possível sustentar que certos riscos não são admissíveis e, portanto, a decisão por criá-los, mantê-los e/ou não reduzi-los é configuradora de “defeito” de criação/projeto? A liberdade de iniciativa permite decidir criar um produto com periculosidade alta quando é possível criá-lo com periculosidade baixa? A decisão empresarial relativamente a potencialidade de dano é isenta de responsabilidade? Uma vez que o empresário decida por fabricar produto potencialmente nocivo e perigoso à saúde e segurança do consumidor é somente a ele que cabe decidir quão potencialmente nocivo e perigoso será tal produto, mas essa decisão é isenta de responsabilidade? Certamente que não, pois não há aqui propriamente um defeito no sentido de “erro de projeto”, mas uma “decisão consciente” de fabricar o produto com certas características (mais nocivas) em detrimento de outras (menos nocivas). E por essa decisão pode e deve ser responsabilizado.

E não se diga que o fabricante tem direito de fabricar produtos perigosos desde que informe sobre os riscos inerentes desse produto, pois admitir isso é o mesmo que dizer que desde que o fabricante consiga estabelecer a premissa de que tal “condição” é inerente<sup>54</sup> ao produto ele conseguirá realizar um “drible” (*bypass*) nas regras que estabelecem limites às excludentes de responsabilidade – seja por intermédio de elencos legais fechados, seja por intermédio da proibição de cláusulas de exclusão de responsabilidade<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Mas a quem cabe definir quais são os riscos inerentes? A quem cabe definir a partir de que momento determinados riscos não são mais aceitáveis? A quem cabe definir que alguns riscos ainda são aceitáveis? Não parece ilógico determinar que quem deve decidir é exatamente aquele que cria o risco e obtém proveito por excluir sua responsabilidade sob a alegação de que os perigos inerentes ao produto e, uma vez admitida sua circulação, são daqueles que sabedores desses perigos decidiram por consumi-lo? Diante dessa forma de estruturar a responsabilidade que incentivo possui, o conjunto de fabricantes desse produto, de eliminar o referido risco?

<sup>55</sup> “If every defect could be rendered immune from liability by warning of the risk then for practical purposes the prohibition on exclusions would be circumvented. It is perplexing why defectiveness cannot be applied to Tobacco products in this way, but it is indeed only part of a general reluctance on the part of the judiciary to condemn products because of their design.” (Geraint Howells, op. cit. p. 96).

A afirmação de que o cigarro não é um produto defeituoso porque ele atende a expectativa legítima de segurança considerados os riscos que razoavelmente dele se esperam (art. 12, § 1º, lei 8078/90) está calcada numa compreensão equivocada do regulamento legal ou de uma interpretação intencionalmente sofisticada de tais regras que pretende aplicar ao um produto nocivo as regras relativas aos produtos defeituosos, senão vejamos:

A menção à "segurança que dele legitimamente se espera" está no art. 12, § 1º, Lei 8078/90, aplicável para a qualificação de produtos "defeituosos", portanto, produtos ordinariamente seguros e benignos que por força de fenômeno não-intencional (o chamado "fato do produto") tornam-se fonte de risco e nocividade. Ora, o cigarro é um produto ordinariamente inseguro e nocivo por força de fenômeno intencional (decisão de concepção e fabricação). Trata-se aqui de hipótese de "nocividade inerente". Mas como tal nocividade inerente é tratada pelo sistema jurídico?

Há, no art. 8º da Lei 8078/90, menção a produtos que cujos riscos à saúde/segurança são considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição e há, no art. 10º da mesma lei, menção a produtos que apresentam algo grau de nocividade ou periculosidade à saúde/segurança. Disso se pode inferir que há produtos com graus distintos de nocividade/periculosidade; até um determinado patamar de nocividade/periculosidade sua colocação no mercado deve vir acompanhada de informações adequadas (art. 8º, parte final) e a partir da ultrapassagem desse patamar não podem ser colocados no mercado (art. 10º, parte inicial).

A primeira conclusão que se poderia retirar daí é de que sendo o cigarro um produto comercializado regularmente se deveria inferir que aos fabricantes cabe apenas "dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito" (art. 8º, parte final) para que não possa ser entendido como "produto defeituoso por ausência de informação" (nos termos da parte final do art. 12, caput). Mas essa interpretação peca por desconsiderar tanto o disposto no art. 9º que prevê que para produtos "potencialmente nocivos ou perigosos" a apresentação, pelo fornecedor, de informações a respeito da nocividade e periculosidade não impede "a adoção de outras medidas

cabíveis em cada caso concreto” e do disposto no art. 10º que prevê que para produtos com “alto grau de nocividade/periculosidade” a apresentação de informações é insuficiente para permitir a circulação do produto no mercado.

Pois bem, em qual desses grupos se insere o cigarro? Certamente, não no primeiro. Aqui resta claro, portanto, que a apresentação de informações sobre nocividade/periculosidade não é suficiente para que possa ser o fabricante isento de responsabilidade. Pois, se assim fosse, bastaria ao fabricante divulgar amplamente que o produto não é seguro para que não tivesse nenhuma responsabilidade por essa ausência de segurança. Assim, a afirmação de que o cigarro por ser produto nocivo não pode ser considerado produto defeituoso quando acompanhado das informações é uma afirmação que não corresponde ao que estabelecem as regras do sistema legal. Em outras palavras:

“Trata-se de um sofisma, pois conduz a uma conclusão paradoxal: embora seja um produto de alta nocividade à saúde, como essa nocividade é amplamente conhecida, o tabaco não é considerado defeituoso, porque dele não pode ser esperada nenhuma segurança; logo, basta que seja amplamente conhecida a nocividade de um produto para que nenhuma segurança dele possa ser exigida.”<sup>56</sup>

Se assim fosse teríamos uma situação na qual a mera informação ao consumidor teria o condão de transferir a ele o risco criado e controlado pelo fornecedor: imagine-se, por exemplo, um hospital vindo a se isentar dos danos decorrentes de infecção hospitalar sobre o argumento de que informou a todos os seus pacientes de forma ampla que o índice de infecção por determinada bactéria estava alto em razão de circunstâncias normais e previsíveis. Ora, a infecção é risco da

---

<sup>56</sup> “As lições de Quebec e os caminhos do Brasil”, in: *Direito e Saúde – o caso do tabaco*, PASQUALOTO, Adalberto de Souza et. Ali (org.), Editora Letramento, Belo Horizonte, 2018, p. 219.

atividade do hospital e a responsabilidade dela decorrente não pode ser elidida com o argumento de que o paciente foi informado desse risco<sup>57</sup>.

A presença de informação, como fica claro na dicção do art. 9º, CDC não impede “a adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto”, ou seja, não isenta o fabricante do dever de indenizar. A informação aqui é ônus do fabricante para que possa ter seu produto autorizado a circular, mas ao se desincumbir desse ônus não possui imunidade contra os danos que seu produto nocivo causar. A informação serve para reduzir os danos que pode vir a causar ao incentivar que menos pessoas fumem, mas não o isenta de indenizar os danos que forem resultantes do uso de seu produto.

Aliás, é fundamental que se perceba que se houvesse “defeito” no cigarro esse defeito não seria “de informação”, mas de “concepção”<sup>58</sup>, no sentido de que há a possibilidade de fabricá-lo de forma a ser menos nocivo do que atualmente. Sua alta nocividade não é um “efeito colateral” inafastável da composição química necessária a produção de certos efeitos. Não cabe aqui, portanto, a comparação com os efeitos colaterais de remédios nos quais a mesma substância que produz o que se espera do produto – o tratamento da doença – produz um “efeito lesivo adverso” inafastável.

No cigarro, como já destacamos antes, o efeito lesivo não é um efeito adverso não desejado, muito pelo contrário: para vender cigarros da maneira que deseja é necessário que o fabricante aumente o grau de dependência que ele produz e o efeito dessas decisões é aumentar o grau de lesividade do produto. Em um medicamento a primeira decisão é tomada tendo em vista a satisfação de

---

<sup>57</sup> Essa é, inclusive, a orientação presente na Quarta Turma do STJ. Assim já no Recurso Especial 629212 / RJ, julgado pela 4ª Turma em 15 de maio de 2007 se estabeleceu que “o hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação”, orientação repetida no julgamento do Recurso Especial 1511072 / SP julgado em 05 de abril de 2016.

<sup>58</sup> Assim também Adalberto Pasqualoto para quem “nos estritos termos do Código de Defesa do Consumidor, se o defeito do cigarro não está na informação, está necessariamente na concepção” (op. cit., p.222), uma vez que não se trata de nocividade que não poderia ser suprimida. Os fabricantes poderiam fabricar cigarro com menor potencial nocivo, não o fazem porque isso afetaria significativamente seus interesses econômicos uma vez que isso reduziria sensivelmente o poder de adição do produto.

interesse legítimo, qual seja tratar a doença do usuário, já num cigarro a primeira decisão é tomada tendo em vista a satisfação de interesse que não deve ser tutelado pelo direito, qual seja causar uma doença (síndrome de dependência) no usuário. Não são situações similares, pois no primeiro pode haver responsabilidade apenas nas hipóteses nas quais se identificar “ausência de diligência suficiente” para evitar os efeitos colaterais não-queridos ou nas quais incidir responsabilidade pelo “risco do desenvolvimento”<sup>59</sup>, já na segunda situação haverá sempre responsabilidade por que estamos diante de dolo direto quanto ao desenvolvimento da síndrome de dependência e de dolo eventual quanto aos efeitos lesivos decorrentes da decisão de causar a maior dependência química possível.

E ainda que não houvesse dolo – o que não é o presente caso, pois nesta situação ainda existem fatos a demonstrar de forma suficiente a presença da intenção de viciar – haveria, inequivocamente, uma decisão equivocada na fase de projeto ocorrendo o que Calvão da Silva afirmava que poderia ser entendido como “defeito de projeto” semelhante ao caso “do automóvel cuja segurança é insuficiente para os ocupantes, na chamada ‘segunda colisão’ – o impacto que sofrem dentro do veículo na sequência imediata após o embate. Naturalmente, o fabricante não tem a obrigação de conceber o automóvel à prova de acidente, mas já deve idealizá-lo por forma a que o segundo impacto seja amortecido e não sujeite o seu ocupante a riscos ‘desrazoáveis’, numa colisão. Por isso, se o *design* do automóvel não reduzir os seus efeitos, o fabricante pode nessa medida ser responsabilizado por defeito de concepção, já que as colisões são frequentes, previsíveis e inevitáveis.”<sup>60</sup>. Trata-se aqui de uma hipótese na qual a simples aplicação da chamada “fórmula” de *Learned Hand* demonstraria a culpa da fabricante, ou seja, trata-se aqui de situação na qual os custos de prevenção são menores do que os custos decorrentes do dano de ocorrência provável<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Responsabilidade decorrente de danos que, à época da colocação do produto no mercado, não eram previsíveis e cuja existência somente é identificada posteriormente em razão do desenvolvimento tecnológico.

<sup>60</sup> “Responsabilidade civil do produtor”, Coleção Teses, Coimbra: Almedina, 1990, p. 656.

<sup>61</sup> Em decisão emanada em 1947 (*United States v. Carrol Towing Co.*, 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947)) o juiz federal americano Learned Hand decidiu que a obrigação de tomar medidas contra os danos possíveis é uma função com três variáveis: a) a probabilidade de que o evento ocorra, b) a quantia de danos que surge quando tal probabilidade se realiza e c) os gastos relativos a medidas adequadas de prevenção. Assim comparando-se os gastos com prevenção adequada frente à probabilidade do dano e a quantia esperada de danos tem-se que é negligente toda atitude que

Ora, se há tecnologia suficiente para, a um custo menor do que o dano causado, reduzir os danos experimentados pelo usuário do produto a decisão de fabricá-lo sem essa redução faz surgir a responsabilidade do fabricante tanto por se identificar a presença de uma ação negligente, por uma simples análise de custo-benefício<sup>62</sup>, seja pela verificação de que é risco do fabricante tomar decisões que, posteriormente, se revelam ser indevidamente ampliadoras de danos<sup>63</sup>.

Para Luiz Gastão Paes de Barros Leães, em estudo pioneiro sobre responsabilidade do fabricante pelo fato do produto<sup>64</sup>, a presença de ambos artigos (art. 927, parágrafo único e art. 931) no Código Civil leva necessariamente à conclusão de que o sistema "adota a tese da responsabilidade civil do fabricante como responsabilidade objetiva, por mera causação material, sem quaisquer excludentes." Assim, inaplicável, por exemplo, a alegação de que não poderiam os fabricantes ser responsabilizados por "riscos que desconheciam"<sup>65</sup>, em primeiro lugar porque, como ficará demonstrado, eles conheciam tanto o potencial aditivo da nicotina presente no cigarro quanto as doenças resultantes do consumo do cigarro, e, em segundo lugar, porque a responsabilidade, segundo a dicção do art. 931, CC/02, decorre apenas da decisão de colocar o produto em circulação e não do fato de conhecer ou não os riscos (em verdade, colocar o produto no mercado sem saber quais riscos ele cria, especificamente, para os usuários é um risco do empresário e não, por óbvio, do consumidor).

Assim, sendo a hipótese fática exigida pela norma que o produto tenha sido posto em circulação, não importa perquirir se pela "empresa controlada" ou pela "empresa controladora", trata-se, por

---

se omite de realizar os gastos de prevenção quando esses são menores do que o dano previsível multiplicado pela probabilidade de ocorrência desses. Sobre a fórmula de Learned Hand e a noção de culpa ver: POSNER, Richard. "A theory of negligence", *Journal of Legal Studies*, t. 1, 1972, pp. 28 e ss.

<sup>62</sup> A aplicação de um teste simples de risco-custo (no estilo do teste desenvolvido por Learned Hand em *United States v. Carroll Towing Co.*) é possível apontar a existência de um "defeito de design" quando se identifica que os custos produzidos com os danos decorrentes desse design são superiores àqueles que teriam sido incorridos se fosse realizado projeto de design distinto/alternativo capaz de eliminar ou reduzir os danos produzidos pelo design em análise.

<sup>63</sup> Trata-se da chamada *enhanced injury doctrine* definida pela primeira vez nos EUA em 1968 (*Larsen v. General Motors Corp.*). Sobre o tema ver: Harris, *Enhanced injury theory: an analytic framework*. *North Carolina Law Review*, 1984, p. 640.

<sup>64</sup> "Responsabilidade do fabricante pelo fato do produto", São Paulo, Saraiva, 1987, p. 154.

<sup>65</sup> A chamada excludente do "risco do desenvolvimento".

imposição normativa, de perquirir outra coisa, qual seja, o âmbito de risco da atuação da empresa: se exige apenas que dentro do âmbito de risco normal da atividade desenvolvida pela empresa encontre-se o fato de que seus produtos uma vez postos em circulação possam causar, por sua natureza, risco para direitos de outrem (art. 927, parágrafo único) e que o dano da vítima possa ser reconduzido a esse âmbito de risco. Se tomarmos o âmbito de risco de atuação da empresa controladora esse fato é facilmente qualificável como um risco normal de sua atividade.

Todas as empresas referidas na inicial, controladas e controladoras, são igualmente responsáveis por serem co-autoras do dano, especificamente em relação às controladoras cabe destacar que a imputação do dever de reparar se dá porque ao dirigirem suas subsidiárias e estabelecerem suas diretrizes de atuação integrada<sup>66</sup> são solidariamente responsáveis nos termos do art. 942, caput<sup>67</sup> e parágrafo único<sup>68</sup> do CC/02.

Importante que se diga que mesmo se tomado o sistema normativo do Código de Defesa do Consumidor não seria possível excluir a responsabilidade da "empresa controladora" pela demonstração de que foi a "empresa controlada" a colocar o produto em circulação e sim sua "controlada". Isso porque já a algum tempo há manifestações do STJ estabelecendo interpretação do disposto no art. 12, § 3º, I do CDC que, em conformidade com a lógica de produção de um mundo de grandes empresas de atuação global, não permite à sociedade controladora se eximir de sua responsabilidade pela alegação de que "não colocou o produto no mercado", assim, por exemplo, na decisão paradigmática do Recurso Especial 63981/SP é possível ler na ementa que "se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em

<sup>66</sup> Documentos que comprovam essa integração: a) Corporate and Regulatory Affairs (CORA) produzido em 1998 por British American Tobacco (BAT) descreve os mecanismos que permitiram o exercício de controle da BAT sobre suas subsidiárias mundiais com vistas a preservação de unidade na atuação relativa à publicidade, tributação, lobby legislativo, estratégias de resistência à regulação e atuação judicial. b) Corporate Affairs Brazil Planning Process criado pela Philip Morris em 1996.

<sup>67</sup> "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".

<sup>68</sup> "São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932."

sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País.<sup>69</sup>

Em seu voto o Min. Cesar Asfor Rocha desenvolve o argumento perfeitamente aplicável ao caso que ora se discute: "Hoje é numerosa a existência de grandes corporações supra nacionais que até podem ter a principal sede de seus negócios em um determinado país sem que, contudo, nele estejam sendo necessariamente exercidas as suas principais atividades ou sendo auferidos os seus maiores lucros. Essas grandes corporações perderam a marca da nacionalidade para se tornarem empresas mundiais. Saíram do provincianismo e alcançaram a universalidade. É certo que podem até ter, por conveniências políticas, contábeis ou fiscais, em cada país, uma personalidade jurídica distinta, mas que se acham unidas por receberem a mesma atuação estratégica, e guardarem em comum a sujeição a um mesmo comando. Nenhuma delas é uma ilha isolada, tanto que a propaganda, ainda que possa respeitar determinadas peculiaridades locais, é a mesma em todos os cantos, sobretudo no que se reportar a consolidar a fixação de sua marca."<sup>70</sup>

Por fim, cabe ainda destacar que não se está aqui a tratar das regras de responsabilidade do fabricante incidentes em razão de danos ao consumidor, mas das regras de responsabilidade do fabricante incidentes em razão de danos à União decorrentes do fato do custeio de tratamento médico de doenças que estão dentro do "âmbito de risco normal" da atividade desempenhada pelo primeiro ter sido realizado pela última. Assim, trata-se não de danos ao consumidor "x" ou "y", mas à União. Não se trata de danos a uma coletividade de consumidores (fumantes) apenas, mas um

<sup>69</sup> Recurso Especial 63981/SP, julgado pela Quarta Turma em 11 de abril de 2000, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

<sup>70</sup> Recurso Especial 63981/SP, voto-vista, p. 7.

dano ao mercado consumidor e ao direito à saúde de todo e qualquer cidadão brasileiro afetado pela "indevida transferência" desse custo ao Sistema Único de Saúde.

Mas os valores pagos pelos fabricantes a título de imposto não deveriam ser suficientes para afastar qualquer solicitação de compensação com os gastos feitos pelo Estado com o tratamento de saúde das doenças resultantes do tabagismo? Não, pela simples razão de que o fundamento desse pagamento não está calcado num dever específico - reparar o dano causado aos usuários - mas em dever geral - o dever fundamental de pagar impostos que, por óbvio, alcança a generalidade dos cidadãos. No caso de fabricantes de produtos industrializados esse dever geral é concretizado pelo sistema de normas relativas ao IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados).

Relativamente a esse imposto há que se mencionar que vigora no ordenamento jurídico brasileiro o Princípio da Seletividade, positivado no artigo 153, § 3º, I, da Constituição Federal, que prescreve que o referido imposto "será seletivo, em função da essencialidade do produto", ou seja, o grupo no qual o cigarro está incluído dentro do sistema do Imposto sobre Produtos Industrializados é o grupo dos produtos supérfluos. É essa a razão normativa da majoração de sua alíquota. Há nesse grupo produtos como perfume<sup>71</sup>, lâmpadas de raio ultravioleta<sup>72</sup>, carrinhos de golfe<sup>73</sup>, videogames<sup>74</sup>, casacos de *vison*<sup>75</sup>, entre outros, em relação aos quais não parece fazer sentido argumentar que a majoração da alíquota esteja conectada com os danos que resultam de sua utilização! Aliás, destaque-se que produtos com tabaco diversos do cigarro como, por exemplo, o

<sup>71</sup> 42%, código 3303.0010. Tabela de incidência do Imposto sobre produtos industrializados. Receita Federal. Disponível em <http://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/legislacao/legislacao-por-assunto/tipi-tabela-de-incidencia-do-imposto-sobre-produtos-industrializados>. Acesso em 20/01/19.

<sup>72</sup> 45%, código 8539.4. Tabela de incidência do Imposto sobre produtos industrializados. Receita Federal. Disponível em <http://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/legislacao/legislacao-por-assunto/tipi-tabela-de-incidencia-do-imposto-sobre-produtos-industrializados>. Acesso em 20/01/19.

<sup>73</sup> 45%, código 8703.10.00. Tabela de incidência do Imposto sobre produtos industrializados. Receita Federal. Disponível em <http://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/legislacao/legislacao-por-assunto/tipi-tabela-de-incidencia-do-imposto-sobre-produtos-industrializados>. Acesso em 20/01/19.

<sup>74</sup> 50%, código 9504.50.00. Tabela de incidência do Imposto sobre produtos industrializados. Receita Federal. Disponível em <http://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/legislacao/legislacao-por-assunto/tipi-tabela-de-incidencia-do-imposto-sobre-produtos-industrializados>. Acesso em 20/01/19.

<sup>75</sup> 60%, código 4302.11.00. Tabela de incidência do Imposto sobre produtos industrializados. Receita Federal. Disponível em <http://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/legislacao/legislacao-por-assunto/tipi-tabela-de-incidencia-do-imposto-sobre-produtos-industrializados>. Acesso em 20/01/19.

fumo para "palheiros"<sup>76</sup>, possuem alíquota inferior àquele o que levaria a crer, adotada a premissa absurda de que o pagamento de IPI "exonera" o fabricante dos danos resultantes do consumo de seu produto, que dois produtos compostos à base de tabaco deveriam ter um tratamento diverso em termos de responsabilidade civil por pagarem impostos com alíquotas de IPI distintas. Tal consideração, obviamente, não faz o menor sentido.

A razão para tributar não é "tratar" danos resultantes dos produtos industrializados! A razão para tributar a fabricação de produtos industrializados é a mesma para tributar renda ou tributar propriedade imobiliária: é prover o Estado de recursos para que se possa atender ao conjunto de demandas coletivas dos cidadãos. E a razão para a majoração de alíquotas do IPI não é cobrar mais de produtos que possuem maior potencial lesivo: Se assim fosse não haveria razão para facas (12%, código 8211.91.00) e espingardas (45%, código 9305.20.00) pagarem menos imposto do que videogames (50%, código 9504.50.00)!

Resta, portanto, demonstrado que nem a licitude da atividade, nem o pagamento de tributos são óbices à imputação de responsabilidade quando da ocorrência de lesões a direitos de terceiros dentro do "âmbito de risco" imputável à determinada atividade econômica. Ainda assim, por se tratar de responsabilidade objetiva se faz necessário analisar como se configura, nessa específica forma de imputação, o chamado juízo de "causalidade".

## § 2º – O nexo de causalidade na responsabilidade objetiva

---

<sup>76</sup> 30%, código 2402.20.00. Tabela de incidência do Imposto sobre produtos industrializados. Receita Federal. Disponível em <http://receita.economia.gov.br/acesso-rapido/legislacao/legislacao-por-assunto/tpi-tabela-de-incidencia-do-imposto-sobre-produtos-industrializados>. Acesso em 20/01/19.

Para que a imputação da responsabilidade ocorra com base no “âmbito de risco normal do negócio” é necessário estabelecer o nexo causal entre dano e atividade, afinal, na responsabilidade objetiva a questão da causalidade passa a ocupar o primeiro plano<sup>77</sup>.

Mas o termo “atividade” acima referido não pode ser traduzido por “conduta” ou “cadeia de atos”, uma vez que, no que diz respeito à imputação, a pergunta não é quem realizou o ato, questão atinente ao mundo dos fatos, mas quem responde por esse ato frente a outras pessoas<sup>78</sup>, questão atinente ao mundo das normas<sup>79</sup>, isto é, ao direito<sup>80</sup>. Dai porque Kelsen admite que “as normas podem referir-se a indivíduos sem referir-se à sua conduta”, como nas hipóteses em que

[...] um indivíduo ou indivíduos são tornados responsáveis pelo delito de outro, especialmente se a responsabilidade coletiva for estabelecida; [...] Nesses casos, o indivíduo contra o qual a sanção é dirigida é apenas objeto da conduta de outro indivíduo, isto é, do indivíduo que executa a sanção. O indivíduo responsável não é sujeito de nenhuma conduta juridicamente relevante.<sup>81</sup>

<sup>77</sup> “Si on fait disparaître l’idée de faute, l’idée de causalité passe au premier plan. Elle se charge de l’idée de responsabilité. L’acte humain traîne après lui ses risques comme une conséquence nécessaire.” (RIPERT, Georges. *Le règle morale dans les obligations civiles*. p. 208). Em outra passagem Georges Ripert afirma que a fórmula que resume a teoria do risco e, portanto, a responsabilidade objetiva, é a seguinte: “[...] tout dommage doit être attribué à son auteur et réparé par celui qui l’a cause, parce que tout problème de responsabilité civile se ramène à un problème de causalité; ou encore: tout fait quelconque de l’homme oblige celui qui a cause un dommage à autrui à le réparer.” (RIPERT, Georges. *Le règle morale dans les obligations civiles*. p. 207-208, Grifo nosso). Em sentido idêntico manifesta-se Louis Josseland quando parece depositar sobre a noção de causalidade a resolução do problema da responsabilidade por fato da coisa: “Toda la cuestión estriba em saber si el daño há sido, em la espécie, *causado por la cosa verdaderamente*.” (JOSSERAND, Louis. *Teoría general de las obligaciones*. p. 419); na mesma obra o autor se refere à responsabilidade objetiva como “responsabilidade causal” (JOSSERAND, Louis. *Teoría general de las obligaciones*. p. 443-444).

<sup>78</sup> Para Klaus Gunther a estrutura formal da responsabilidade implica sempre a “responsabilidade de uma pessoa por uma ação (ou omissão) ou consequência de uma ação perante outras pessoas.” (GUNTHER, Klaus. *Responsabilização na sociedade civil*. *Novas Estudos Cebrap*, n. 63, jul. 2002. p. 108).

<sup>79</sup> Segundo Joel Feinberg a responsabilidade, juridicamente falando, é algo que depende de uma decisão e não de uma descoberta (FEINBERG, Joel. *Problematic responsibility in law and morals*. *The Philosophical Review*, v. 71, n. 3, pp. 340-351, jul. 1962. p. 342).

<sup>80</sup> KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* p. 333.

<sup>81</sup> KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* p. 347.

Ainda, segundo Kelsen, temos que o indivíduo que responde por um ilícito cometido por outro não é sujeito de um comportamento determinado pelo ordenamento jurídico como condição para a sanção; é somente o objeto de um comportamento determinado pelo ordenamento jurídico como consequência do ato coercitivo constituído pela sanção.<sup>82</sup>

Assim é importante compreender que dada a forma objetiva de responsabilidade o nexo causal que irá estruturar aqui o juízo de imputação é aquele estabelecido entre a colocação do produto no mercado e os danos à saúde do consumidor. Note-se, portanto, que em razão da imputação com base no risco, a construção do juízo acerca do nexo é resultado de análise que busca responder se o dano ocorrido pode ser enquadrado como "fato compreendido na esfera de risco objetivamente endereçado ao responsável"<sup>83</sup>. Nessa linha, é possível concluir que a definição de determinado ato/fato como hipótese contida na esfera de risco atribuída ao sujeito constitui o eixo da discussão acerca da responsabilidade objetiva. Diferentemente da cadeia causal, que é infinita, a linha de imputação possui sempre um ponto final<sup>84</sup>, que não é descoberto, mas escolhido<sup>85</sup>.

Nesse sentido, asseverava Exner que a fixação da responsabilidade objetiva deveria ser determinada, como em todo seguro, de maneira *a priori* por meio do estabelecimento de um limite objetivo, isto é, por meio de critérios a partir dos quais se pudesse julgar sem a necessidade de recorrer a uma análise das circunstâncias particulares relativas à conduta do transportador no caso concreto<sup>86</sup>. Haveria, assim, nessa responsabilidade, decorrente do estabelecimento de uma obrigação de garantia<sup>87</sup>, como que a fixação de um seguro especial com a finalidade de, por

<sup>82</sup> KELSEN, Hans. *La dottrina pura del diritto*. p. 143.

<sup>83</sup> TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*. p. 14.

<sup>84</sup> KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* p. 332.

<sup>85</sup> Segundo Klaus Günther, no processo de imputação ocorre um momento em que "entre os diversos fatores que envolvem todo acontecimento, o complexo e obscuro novelo de relações de causalidade e de probabilidade é reduzido a um ponto escolhido de modo mais ou menos arbitrário." (GUNTHER, Klaus. *Responsabilização na sociedade civil*. p. 108).

<sup>86</sup> EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p.71.

<sup>87</sup> Aqui o devedor garante ao credor a satisfação de sua expectativa, mesmo diante de frustrações, que têm como causa eventos que poderiam, em situações outras, serem qualificados de força maior ou causa estranha. O devedor se transforma no segurador do credor, garantindo-o diante da ocorrência de certos riscos (MALAURIE, Philippe ; AYNÈS, Laurent ; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Les obligations*. p. 473, 479). Pontes de Miranda fala aqui, nas hipóteses em que há dever de reparar os danos decorrentes de caso fortuito ou força maior, em responsabilidade por ato-fato ilícito (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 1954. p. 265).

motivos de utilidade social, estabelecer uma proteção ao público [usuário/exposto do/ao produto e/ou serviço]<sup>88</sup>.

Assumindo-se a existência de uma obrigação de garantia<sup>89</sup>, não faz sentido, para responsabilizar o réu, buscar identificar – nas hipóteses em que a omissão do réu há criado a ocasião para que o risco pudesse ter atuado e causado dano à vítima – uma violação de dever a ele imposto e que, se cumprido, teria evitado a ocorrência do dano, mas, sim, identificar se a vítima estaria, independentemente da omissão do réu, igualmente exposta ou não àquele risco<sup>90</sup>. Assim, se o dano é a realização de um risco ao qual a vítima já estava exposta, ainda que não tivesse o réu se omitido, se é compreendido como um risco de lesão a direito distribuído de maneira mais ou menos uniforme entre todos cidadãos, distribuição essa que não se agravou com o comportamento do réu, não é ele responsável; ao contrário, se a forma como atividade do réu é organizada amplia a probabilidade dessa intervenção lesiva, haverá responsabilidade.

Impõe-se aqui a necessidade de se verificar a situação concreta em que se encontra o devedor [da obrigação de garantia], o alcance da obrigação a ele atribuída. É somente tendo em vista o tipo de atividade desenvolvida pelo devedor que se poderá afirmar se há impossibilidade de reduzir ou mesmo de eliminar o risco e as consequências de sua concretização, ou se, pelo contrário, há dever de reduzi-lo e/ou eliminá-lo, bem como suas consequências<sup>91</sup>. É em razão de uma análise feita nesses moldes que Judith Martins-Costa afirma que em certos tipos de atividade que

<sup>88</sup> No original: "Ces secours spécial consiste dans la responsabilité *ex recepto* don't nous avons déjà indique la portée. Le risque de la chose est mis à la charge du *récipiens* pour un motif d'utilité générale, dans un but de protection du public." (EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p. 84).

<sup>89</sup> Na obrigação de garantia o cumprimento da prestação não está vinculada à execução de um comportamento diligente, mas à eliminação de um risco que pesa sobre determinado sujeito, eliminação que "significa *a fortiori* reparar as consequências de sua realização" (COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p.535). Em resumo "é 'o dever de prestar segurança' (Sicherheitsleistung) da doutrina jurídica alemã". Nesse tipo de obrigação "nem mesmo a ocorrência de caso fortuito ou de força maior exime o devedor de sua prestação, pois o conteúdo deste tipo de obrigação é a eliminação de um risco que, por definição, é um evento de realização fortuita, independente portanto da vontade do devedor." (COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*, p. 539). Philippe Le Torneau defende que obrigação de garantia é como um seguro em que seu credor é o beneficiário, o que faria com que escapasse ao mecanismo e à lógica do direito da responsabilidade (LE TORNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. p.655).

<sup>90</sup> TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*. p. 117.

<sup>91</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil*. Vol. V, T. II, p. 200.

envolvem fundamentalmente uma obrigação de garantia "a noção de 'fato necessário', concretamente visualizada, leve a certas distinções que melhor permitem aprender essa dimensão concreta"<sup>92</sup>. Trata-se, aqui, da distinção entre "fortuito externo" e "fortuito interno".

Diz-se, com isso, que mais importante do que verificar qual a relação causal entre a omissão do réu e o risco é verificar se esse último pode ser considerado um risco descrito como um fortuito interno, típico da atividade desempenhada por aquele<sup>93</sup>. Por exemplo, há situações nas quais as decisões econômicas e a forma através da qual se organiza empresarialmente a atividade do réu desempenha um grande papel na definição da probabilidade relativamente a ocorrência de determinado risco, fazendo com que sua concretização (sinistro) seja um fenômeno predizível (frequência abstrata) e corriqueiro (frequência concreta) logo, economicamente computável<sup>94</sup>. Em resumo: o risco se apresenta, pela sua probabilidade/frequência, como risco inerente à atividade do réu<sup>95</sup>.

De forma semelhante já Exner sugeriria que o limite da responsabilidade deveria ser estabelecido tendo em vista o que denominou "curso ordinário da vida e dos negócios". Assim, somente fatos de caráter extraordinário que saíssem fora do ritmo habitual das coisas é que poderiam ser vistos

<sup>92</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil*. Vol. V, T. II, p. 200.

<sup>93</sup> TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*, p. 153.

<sup>94</sup> TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*, p. 156.

<sup>95</sup> Se adotássemos a descrição proposta por Günther Jakobs para o fenômeno da responsabilidade pela omissão em direito penal, poderíamos dizer que há aqui um "risco especial" atribuído a uma instituição em relação à qual se possui uma "confiança especial". Para Jakobs, existem "formas de comportamento que supõem um incremento dos riscos normais de toda manifestação vital, o que especialmente (ainda que não somente) se pode reconhecer no fato de que o direito de realizar tais comportamentos abarca uma responsabilidade objetiva" (JAKOBS, Günther. *Ação e omissão no direito penal*, p. 13). Ao que tudo indica, para Jakobs, essa responsabilidade objetiva se justificaria na proibição do *venire contra factum proprium*, pois a concretização da lesão representaria a violação de uma expectativa associada a um âmbito institucional determinado que a organiza e a assegura, assim, por exemplo, mais do que no médico, a confiança se organiza em relação ao sistema da saúde (JAKOBS, Günther. *Sobre o estado da omissão*. São Paulo: Manole, 2003. p. 48, 54; JAKOBS, Günther. *Fundamentos de la imputación objetiva del comportamiento*. In: \_\_\_\_\_. *La imputación objetiva em Derecho penal*, Madrid: Cuadernos Civitas, 1996. p. 97). Há aqui uma relação entre quem detém o direito de organizar uma determinada estrutura – com vistas a determinar o funcionamento de certa ordem para lograr um fim coordenado – e de quem detém também o dever de assegurar as expectativas, associadas à essa estrutura. Mais do que um nexa causal entre ação realizada e dano ocorrido, importa o nexa institucional entre estrutura organizada e a confiança especial que desperta (JAKOBS, Günther. *Sobre o estado da omissão*, p. 53-54).

como força maior<sup>96</sup>. Assim, não é correto associar, na perspectiva da responsabilidade objetiva, o risco atípico com eventos inevitáveis, pois essa responsabilidade abrange todo risco associado à atividade – seja ele evitável ou não – por intermédio da adoção de medidas específicas que podem vir da precaução que visa evitar e/ou reduzir a frequência da ocorrência dos riscos até a administração econômica de seus efeitos. A sua finalidade é produzir a interiorização pela empresa<sup>97</sup> e, conseqüentemente, a distribuição entre usuários de um custo comum que, *in casu*, se corporificou sobre um sujeito em especial (vítima)<sup>98</sup>. Aqui, a responsabilidade da empresa de transporte, *in casu*, não se justifica através da ideia de que sua omissão teve como efeito o ato lesivo de terceiro, mas se aproxima do que Hart chama de *role-responsability*:

Quando uma pessoa ocupa uma significativa posição ou função em uma organização social, a qual deveres específicos são vinculados para prover o bem-estar de outros ou o avanço, em determinada maneira, dos objetivos e propósitos da organização, ela é dita responsável pela realização desses deveres ou por fazer todo necessário para o cumprimento dos mesmos.<sup>99</sup>

Tem-se, então, que a uma determinada posição social corresponde uma “esfera de responsabilidade” que permite imputar àqueles sujeitos que ocupam a referida posição os prejuízos que, ainda que não causados por eles, devem ser por eles assumidos. Recorre-se à ideia de papel social e não à de causalidade física para selecionar o sujeito responsável, enfatizando-se, assim, a importância de regras que definam instituições e papéis sociais<sup>100</sup>.

<sup>96</sup> EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p.110.

<sup>97</sup> Segundo Günther Jakobs, essa é a matéria da imputação objetiva: definir a quem incumbe arcar com as conseqüências (JAKOBS, Günther. *Sobre o estado da omissão*. p. 47).

<sup>98</sup> TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*. p. 153-154.

<sup>99</sup> No original: “Whenever a person occupies a distinctive place or office in a social organization, to which specific duties are attached to provide for the welfare of others or to advance in some specific way the aims or purposes of the organization, he is properly said to be responsible for the performance of these duties, or for doing what is necessary to fulfil them.” (HART, H. L. A. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. Oxford: Clarendon Press, 1968..p. 212).

<sup>100</sup> WEINRYB, Elazar. Omissions and responsibility. *The Philosophical Quarterly*, v. 30, n. 118, Jan/1980. p. 18.

E, se o regime da responsabilidade objetiva funciona como um seguro, caberia perguntar se o limite da imputação não deveria ser o grau de previsibilidade e não a margem de inevitabilidade do evento. A opção se dá pela previsibilidade como critério, quando se concorda com Luiz Gastão Paes de Barros Leães, para quem o reclamo pela instauração de um regime de responsabilidade calcada no risco é, em si, decorrência da constatação de que no sistema de produção capitalista há um grande número de danos anônimos e inevitáveis vinculados à própria estrutura da atividade empresarial<sup>101</sup>.

Nesse sentido, Schäfer e Ott afirmam que, em se admitindo que a finalidade do regime de responsabilidade objetiva é a internalização pelo empresário do ônus financeiro que o dano representa para a vítima e a consequente repartição desse ônus entre todos os consumidores dos produtos ou serviços daquela empresa, se faz necessário que a nocividade ou o potencial de nocividade, ainda que não tenha sido previsto pelo sujeito a quem se imputa a responsabilidade, seja previsível, pois, do contrário, não haveria como exigir que recursos fossem destinados para reduzir a probabilidade de ocorrência e/ou formar um seguro para pagamento dos custos decorrentes de sua ocorrência<sup>102</sup>. Em resumo, defendem que "há que se ter em conta que para o nascimento da responsabilidade objetiva não somente interessa a *causação ex post* do dano, senão também sua *perceptibilidade ex ante*"<sup>103</sup>, bem como a identificação de quem detém os menores custos de informação para identificar os riscos e a possibilidade de dispersar o risco (mais especificamente, seu custo), ou seja, constitui-se o *superior risk bearer*<sup>104</sup>.

Se é de responsabilidade baseada no risco que se trata aqui então é fundamental perceber que a forma de compreender os parâmetros para demonstração do nexo causal deve ser correspondente a essa espécie de responsabilidade e, portanto, deve ter como foco a conexão entre "âmbito de risco" e "dano". Tenha-se presente que a "causalidade" não é um fato, mas uma categoria, isto é, não se constitui como evento empírico mas como "enunciado de fato" que expressa a "correlação

<sup>101</sup> LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. p.151.

<sup>102</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de análisis económico del derecho civil*. p. 122.

<sup>103</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de análisis económico del derecho civil*. p. 123.

<sup>104</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de análisis económico del derecho civil*. p. 272-273.

entre eventos"<sup>105</sup>. Diante disso é importante compreender que não se trata de provar o "nexo causal", mas sim os eventos empíricos aos quais a norma atribui a qualificação de "causalmente conexos"<sup>106</sup>, em outras palavras:

"(...)se o enunciado causal refere-se a um fato principal, o critério de referência é constituído pela norma cuja aplicação se almeja com base naquele enunciado"<sup>107</sup>.

Há, portanto, uma necessária "juridicização do nexo causal"<sup>108</sup> feita pela norma jurídica pertinente. Neste caso trata-se da regra do art. 927, parágrafo único do CC/02 que dispõe que, nos casos por ela abrangidos, a responsabilidade se dará por força de atividade que, por sua natureza, "implicar risco para os direitos de outrem", portanto, deixa claro que a premissa maior para a imputação da responsabilidade não descreve hipótese na qual a atividade "causa inequivocamente" (isto é, há certeza absoluta<sup>109</sup>) o dano, mas hipótese na qual a atividade implica riscos, ou seja, na qual há alteração estrutural do risco antes existente relativamente a esses direitos. Portanto, trata-se aqui de suporte fático no qual aquilo que é juridicamente relevante é denominada "causalidade geral", um fenômeno que pode ser corretamente formulado em termos de probabilidade<sup>110</sup>.

<sup>105</sup> TARUFFO, Michele. "A prova de nexo causal", in: A prova, São Paulo: Martial Pons, 2014, apêndice IV, p., p. 275.

<sup>106</sup> TARUFFO, Michele. op. cit., pp. 281-282.

<sup>107</sup> TARUFFO, Michele. op. cit., p. 283.

<sup>108</sup> Há uma juridicização da relação causal. É a norma do sistema que convoca a causalidade, por um critério de valor – o ser injusta a imputação sem o sujeito da imputação ser agente causal (...). Do ponto de vista causal-natural, acrescentamos, vários efeitos advêm da conduta. O sistema jurídico seleciona, com base no critério de valoração nele adotado, que efeitos são juridicamente relevantes, para integrarem a classe dos resultados (ou 'eventos' em sentido jurídico-penal). Há uma tipificação dos antecedentes causais, como há uma tipificação dos antecedentes causais. O que significa: mesmo a causalidade natural, ingressando no sistema jurídico, juridiciza-se." (Lourival Vilanova, "Causalidade e Relação no Direito", 4 ed., ver., atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pp. 62-63).

<sup>109</sup> Chama-se "causalidade absoluta" a categorização de causa como sinônimo de descrição de conexão certa (no sentido de inquestionavelmente demonstrada) e não somente provável entre eventos (assim a opinião, por exemplo, de Caio Mário da Silva Pereira para quem "probabilidade não é certeza" ("Responsabilidade civil" Rio de Janeiro:Forense, 1999, p. 79).

<sup>110</sup> "O aumento de risco é aquilo que se verifica quando entre dois eventos se instaura um nexo de causalidade geral" (Michele Taruffo, "A prova de nexo causal", in: A prova, São Paulo: Martial Pons, 2014, apêndice IV, p. 276, n. 11).

Aliás, em sua substância epistemológica, todo nexos causal deve ser compreendido a partir de um juízo de probabilidade e não de um juízo de certeza, sob pena de, em adotando-se um parâmetro de estrita certeza, chancelar a impunidade, a ausência de qualquer responsabilidade.

Essa a razão pela qual a expressão "efeito direto e imediato", presente no art. 403, CC/02, não deve exigir a demonstração de uma "certeza absoluta" para a configuração da causalidade mesmo se tomada no sentido de "relação de necessariedade entre causa e efeito"<sup>111</sup>. Esse equívoco era inclusive já apontado por Galvão Teles quando de sua análise do art. 707 do Cc Português de 1867<sup>112</sup> destacava o que se deve entender por "necessariedade"<sup>113</sup>:

"Como interpretar o advérbio **necessariamente**? Quando é que um prejuízo se deve considerar consequência **necessária** de certo fato? Só poderá considerar-se assim se este fato for de molde a conduzir **fatalmente** àquele prejuízo, sejam quais forem as circunstâncias? Não é de admitir-se semelhante entendimento, tão rígido e restrito, a adotá-lo, pouquíssimas vezes haveria um nexos relevante de causalidade. A necessidade postulada (...) deve entender-se como segundo um **juízo de probabilidade**<sup>114</sup>, fundado nas regras de experiência."<sup>115</sup>

<sup>111</sup> Na doutrina brasileira, o principal expositor e defensor da interpretação a propor que o dispositivo legal, em razão dos adjetivos "direto" e "imediato", seja compreendido como a impor a ideia de que deve ser "consequência necessária da inexecução da obrigação" é Agostinho Alvim ("Da inexecução das obrigações e suas consequências", São Paulo: Saraiva, 1949, p. 316).

<sup>112</sup> "Só podem ser tomados em conta de perdas e danos as perdas e danos, que necessariamente resultam da falta de cumprimento do contrato".

<sup>113</sup> É a categoria da necessariedade que a doutrina irá se referir para explicar o sentido da expressão "direto e imediato" presente tanto no art. 1060, Código Civil/16 e mantida no art. 403, CC/02. Por todos veja-se Agostinho Alvim ("Da inexecução das obrigações e suas consequências", São Paulo: Saraiva, 1949, p.313).

<sup>114</sup> Trata-se aqui do uso da expressão probabilidade no sentido de razoabilidade e verossimilhança de um enunciado de fato como é recorrente no discurso jurídico. Referindo-se ao que chama de "epistemic likelihoods" Susan Haack afirma: "We commonly use the language of probability or likelihood when we talk about credibility or warrant of a claim – about how probable or how likely is it, given this evidence, that the claim is true, or, unconditionally, about how probable or how likely the claim is. (...) And of course 'probable', etc., also turn up in the language of legal standards of proof: one formulation of the 'preponderance' standard is 'more probable than not', one formulation of 'clear and convincing' is 'highly probable', and a formulation of 'reasonable suspicion' is 'probable cause'. The natural and obvious way to understand these legal uses is in the usual, epistemological sense: how reasonable a claim is in the light of the evidence" (grifei) ("Legal Probabilism", in: Evidence Matters: Science, proof and truth in the Law", Nova Iorque: Cambridge University Press, 2014, p. 57).

<sup>115</sup> "Manual de Direito das Obrigações", Coimbra : Coimbra Editora Ltda., Tomo I, 2ª ed., n. 230, p. 210.

Assim o ponto fundamental está no juízo de veracidade<sup>116</sup> realizado sobre enunciado de fato acerca do nexa causal entre evento e dano e tal juízo será dado grau de verossimilhança das evidências trazidas ao processo.

Esse grau de verossimilhança não é avaliado apenas tomando-se a regra do art. 403, CC/02 isoladamente, mas pelo conjunto de dispositivos aplicáveis ao caso, daí porque não é correto imaginar que a discussão acerca do nexa causal no âmbito da responsabilidade subjetiva e no âmbito da responsabilidade objetiva seja idêntica ou que dentro do mesmo âmbito, por exemplo no campo da responsabilidade objetiva, a questão relativa ao nexa causal possa ser enfrentada da mesma forma nas hipóteses de responsabilidade fundadas no risco da atividade (art. 927, parágrafo único, CC/02) e nas hipóteses de responsabilidade por fato de outrem (art. 931 e incisos, CC/02).

Assim o estabelecimento da causalidade suficiente à imputação da responsabilidade nos termos do art. 927, parágrafo único se faz, como dissemos acima, com a demonstração de que há ocorrência de dano fortemente correlacionada com o exercício de certa atividade, ou seja, demonstração do "risco relativo à certa atividade". É a presença dessa "causalidade geral/genérica" que autoriza a imputação de responsabilidade fundada no risco, é ela que "permite afirmar que um tipo de fato *pode* determinar a ocorrência de outro tipo de fato no âmbito de determinada amostra e estabelece o nível de *risco relativo* de um evento em conexão com outro evento"<sup>117</sup>. Nesse sentido também entende Frederick Schauer para quem a identificação de frequência estatística particularmente elevada relativa à conexão entre dois tipos de eventos, deve ser entendida como suficiente, em situações como a que estamos tratando, para que se

<sup>116</sup> Importante destacar, mais uma vez, que não se deve tomar aqui "veracidade" por "verdade absoluta" ou "certeza absoluta", mas sim por "crível", "razoável" como, inclusive, já o fazia Agostinho Alvim para quem a demonstração da causalidade "basta um grau elevado de probabilidade" ("Da inexecução das obrigações e suas consequências", São Paulo: Saraiva, 1949, p. 300)

<sup>117</sup> TARUFO, Michele, op. cit., p. 278.

estabeleça que no caso concreto realmente tenha se verificado um nexos causal entre os eventos descritos<sup>118</sup>.

E se o que é necessário provar é o aumento do risco, então concordamos com Michele Tarufo quando afirma que:

“pode ser relevante o recurso a dados de caráter epidemiológico que demonstrem, por exemplo, o incremento da frequência da doença em questão naquela população: pode ocorrer de os dados epidemiológicos não somente demonstrarem a eventualidade de uma mera conexão estatística entre a exposição àqueles materiais e a doença, mas também permitirem que se determine a capacidade daquele material de provocar um aumento significativo daquela doença na amostra de referência.”<sup>119</sup>

E concluí que “se se trata, como no caso de *mass tort class actions* estadunidenses, de um contexto processual no qual a finalidade primária não é aquela de apurar danos específicos suportados por sujeitos particulares – mas de compensar o dano produzido a um conjunto mesmo relativamente indeterminado de sujeitos – então provas científicas desse gênero podem ser relevantes.”<sup>120</sup>

Essa inclusive a orientação adotada também na Itália onde o art. 2050 (dispositivo inspirador do parágrafo único do art. 927, CC/02) mesmo sem estar acompanhado, como aqui, de uma norma como o art. 931 (inequivocamente configurador de maior amplitude ao que chamamos de “âmbito de risco”) vem permitindo decisões nas quais a determinado grau de probabilidade demonstrado

<sup>118</sup> “Profiles, Probabilities and Stereotypes”, Cambridge: Harvard University Press, 2003, pp. 79 e ss.

<sup>119</sup> TARUFO, Michele. “A prova científica no processo civil”, in: A prova, São Paulo: Martial Pons, 2014, apêndice V, p. 313. Segundo Tarufo essa demonstração causal geral depende apenas “da eventualidade de se dispor de dados epidemiológicos em condições de estabelecer uma frequência estatística considerada cientificamente suficiente para demonstrar esse nexos de causalidade genérica” (op. cit., p. 313).

<sup>120</sup> TARUFO, Michele. “A prova científica no processo civil”, in: A prova, São Paulo: Martial Pons, 2014, apêndice V, p. 313.

cientificamente tem sido suficiente para dar suporte à imputação de responsabilidade com base no risco.

Nessa linha a Corte de Apelação de Roma<sup>121</sup> afirmou (com base no art. 2050 do CC italiano) que aquele que produz e comercializa cigarros não pode ignorar os riscos para a saúde do consumidor, pois conhece o fato de que a composição e a estrutura desse produto possui efeitos lesivos aos usuários. A Corte de Apelação reconheceu existir nexo causal entre neoplasia pulmonar e o consumo de cigarros tendo por base um "sério e razoável critério de probabilidade científica, além de qualquer dúvida razoável, ainda que não propicie uma certeza absoluta."

A referida Corte de Cassação também em 2009 (Sent. 26516) estabeleceu que "l'attività di commercializzazione e produzione delle sigarette è pericolosa e la pretesa conoscenza del rischio connesso al fumo non esclude la configurabilità della responsabilità del produttore."<sup>122</sup>

Quer nos parecer que as normas brasileiras aplicáveis ao caso impõem solução semelhante. Dessa forma, sempre que uma determinada estrutura for adequada para, por intermédio de seu funcionamento/atividade, produzir riscos para os direitos de outrem e tais riscos se demonstrarem consolidados haverá responsabilidade. Há assim uma análise *ex ante* a ser feita que é a consideração de correlação abstrata entre riscos e danos juntamente a uma análise *ex post* a ser feita que é a consideração acerca da realização concreta de certas atividades e ocorrência concreta de certos danos. Há uma junção entre a demonstração de que certa estrutura cria/amplia os riscos que se impõe sobre certo conjunto de direitos e a demonstração de que o dano ocorrido está situado entre aqueles que tipicamente/habitualmente resultam dessa atividade<sup>123</sup>.

<sup>121</sup> Corte di Appello di Roma, sentenza 1015 de 07 de março de 2005. Relativamente ao nexo causal o acórdão apoiou-se em sólida corrente jurisprudencial do órgão de cúpula da Justiça italiana (Corte de Cassação), desenvolvida no âmbito da responsabilidade médica, que reconhece a subsistência do nexo causal mesmo nas hipóteses em que haja uma simples correlação probabilística entre a conduta e o evento culposo (C. Cassazione, sent. N. 632, de 21.01.2000; C. Cass., sent. N. 11287, de 16.11.1993; C.Cass., sent. N. 3013, de 13.05.1982, dentre outras)

<sup>122</sup> Sent. 26516, 2009 (apud Gianni Baldini, "Il danno da fumo – il problema della responsabilità nel danno da sostanze tossiche. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 176, n.r.24)

<sup>123</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. "A responsabilidade civil por presunção", Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 280.

Dai porque mesmo que se quisesse negar a massa de evidências existentes a permitir a adoção de um juízo de causalidade entre a administração de nicotina e demais substâncias químicas presentes no cigarro e o desenvolvimento de inúmeras doenças (entre elas a síndrome de dependência a nicotina e o câncer de pulmão, para apontar apenas duas) com fundamento numa exigência de demonstração causal "absoluta"<sup>124</sup> (cujo padrão de certeza nenhum cientista afirma ser possível obter), ainda assim não seria possível negar que tais substâncias são fatores de agravamento de riscos e fatores de agravamento de danos causados por inúmeras doenças (tais como pneumonia, tuberculose, dispneia, asma, cirrose hepática, etc) e, portanto, sua administração, por intermédio do produto por tais empresas fabricado, é fator de responsabilização<sup>125</sup>.

Convém destacar, porém, que essa exigência de certeza absoluta, nada mais é do que uma falácia típica de uma estratégia de defesa<sup>126</sup> que, como bem asseverava Sydney J. Green (pesquisador sênior da British American Tobacco) num memorando confidencial de 1976<sup>127</sup>, constitui, simultaneamente, a primeira reação de quem tem "culpa" e uma tentativa de justificar a própria omissão:

---

<sup>124</sup> A Souza Cruz, em seu website, afirma que "a ciência, até hoje, não foi capaz de identificar mecanismos biológicos que expliquem com certeza absoluta os resultados estatísticos que vinculam o consumo de cigarros a determinadas doenças"(grifei) (Disponível em [http://www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU\\_AG6LVH.nsf/vwPagesWebLive/DOAGFL6P?opendocument](http://www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU_AG6LVH.nsf/vwPagesWebLive/DOAGFL6P?opendocument). Acesso em 05/02/19).

<sup>125</sup> Em sendo fatores de agravamento existira, no mínimo, causalidade concorrente entre a administração dessas substâncias e os danos experimentados pelos sujeitos adoecidos. E, por essa razão, caberia às empresas atuantes no negócio de "administração de nicotina" responsabilidade pela parcela de danos decorrentes desse agravamento. Essa responsabilidade seria, portanto, proporcional ao grau de contribuição causal genericamente atribuída à substância administrada pela fabricante.

<sup>126</sup> "Delusive exactness is a source of fallacy throughout the law". Oliver Wendell Holmes apud Susan Haack ("The weight of combined evidence", op. cit., p. 237, n. 101).

<sup>127</sup> Memorando intitulado "Smoking and causal relationships", de 27 de outubro de 1976, tornado público nos "The Cigarette Papers" (S. Glantz, J. Slade, L. Bero, P. Hanauer, D. Barnes, The Cigarette Papers, University of California Press, 1996, Document Number 2231.07). A passagem citada pode ser encontrada no "Tobacco Explained...The truth about the Tobacco industry...in its own words", Organização Mundial de Saúde, p. 10. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019.

"The industry has retreated behind impossible demands for 'scientific proof' whereas such proof has never been required as a basis for action in the legal and political fields ... It may therefore be concluded that for certain groups of people smoking causes the incidence of certain diseases to be higher than it would otherwise be ... A demand for scientific proof is always a formula for inaction and delay and usually the first reaction of the guilty."

Estratégia de defesa a revelar a desfaçatez dos fabricantes de cigarro que durante muito tempo se esforçaram por manter uma controvérsia - em relação à existência de conexão causal entre consumo de cigarro e o surgimento de certas doenças - mesmo que já tivessem acesso, por força de pesquisas que realizavam internamente e em sigilo, de provas da consistência dessa conexão:

"The company's position on causation is simply not believed by the overwhelming majority of independent observers, scientists and doctors ... The industry is unable to argue satisfactorily for its own continued existence, because all arguments eventually lead back to the primary issue of causation, and at this point our position is unacceptable ... our position on causation, which we have maintained for some twenty years in order to defend our industry is in danger of becoming the very factor which inhibits our long term viability ... On balance, it is the opinion of this department that we should now move to position B, namely, that we acknowledge 'the probability that smoking is harmful to a small percentage of heavy smokers' ... By giving a little we may gain a lot. By giving nothing we stand to lose everything."<sup>128</sup>

Mas ao que tudo indica o enfrentamento de todas essas questões será feito, finalmente, de forma mais racional e adequada uma vez que até as fabricantes hoje reconhecem - o que já há muito

---

<sup>128</sup> BAT, Secret - Appreciation, 1980, 16 May - Tobacco explained: The truth about the Tobacco industry ...in its own words", Organização Mundial de Saúde, p. 10. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019

tempo inúmeras provas científicas impedem negar - que "fumar causa doenças graves e dependência"<sup>129</sup> e de que "a única forma de evitar riscos associados à saúde é não fumar"<sup>130</sup>.

### § 3º – A prova do nexa causal

Mas afinal o que significa dentro do Direito, provar a existência de causalidade? Em primeiro lugar é importante lembrar que em se tratando de "enunciados de fatos" e não de evidências empíricas, não se trata de demonstrar, por intermédio de dedução lógica, a verdade do que "realmente" teria acontecido, mas "apenas comprovada como logicamente provável ou razoavelmente plausível de acordo com um ou vários princípios de indução"<sup>131</sup>. Mas ao que deve recorrer o julgador para definir em que situação determinado "enunciado de fato" se encontra referendado pelas "provas"?

Pois bem, sendo o juiz um "consumidor" de "explicações científicas" e não um "produtor" de "leis científicas", temos que "existe para o juiz, portanto, a proibição de utilizar como fundamento da sua decisão leis que a ciência não reconhece como tais, bem como de formular leis 'próprias', em contraste com as leis aceitas e consideradas válidas pela comunidade científica"<sup>132</sup>, tanto porque a determinação dos graus de significado e consistência "dos argumentos científicos que são usados com finalidade probatória não se refere a fatores propriamente jurídicos, mas a critérios e condições de caráter epistemológico"<sup>133</sup>.

<sup>129</sup> "Fumo e Saúde", documento disponível no website da Philip Morris Brasil (disponível em [https://www.pmi.com/resources/docs/default-source/market\\_pages\\_smoke\\_and\\_health/health-effects-of-smoking\\_03oct\\_pt-pt.pdf?sfvrsn=8e2fb7b5\\_6](https://www.pmi.com/resources/docs/default-source/market_pages_smoke_and_health/health-effects-of-smoking_03oct_pt-pt.pdf?sfvrsn=8e2fb7b5_6). Acesso em 05/02/19)

<sup>130</sup> "Redução de danos", documento disponível no website da Souza Cruz (sociedade limitada controlada pela British American Tobacco) (disponível em [http://www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU\\_AG6LVH.nsf/vwPagesWebLive/DOAGCKBR?opendocument](http://www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU_AG6LVH.nsf/vwPagesWebLive/DOAGCKBR?opendocument). Acesso em 05/02/19)

<sup>131</sup> CARPES, Artur Tompsen. "A prova do nexa de causalidade na responsabilidade civil", São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 84.

<sup>132</sup> TARUFO, Michele. "A prova de nexa causal", in: A prova, São Paulo: Martial Pons, 2014, apêndice IV, p. 285.

<sup>133</sup> TARUFO, Michele. "A prova científica no processo civil", in: A prova, São Paulo: Martial Pons, 2014, apêndice V, p. 319.

Assim, a forma mais segura para admitir, com segurança adequada, como presente o nexo causal se dará não pelo apelo a uma única evidência, mas a uma combinação de evidências em grau suficiente para a formulação do juízo de causalidade.

No presente caso em análise é possível identificar, além de elevadas frequências estatísticas cientificamente demonstradas conectando o uso do produto e o surgimento de doenças, a presença, simultânea àquela frequência, de outros dados científicos obtidos por intermédio de evidências experimentais<sup>134</sup>, a revelar a consistência<sup>135</sup>, coerência<sup>136</sup>, gradação<sup>137</sup>, plausibilidade<sup>138</sup>, especificidade<sup>139</sup>, precedência temporal<sup>140</sup> a reforçar a conclusão acerca da relação causa-efeito entre substâncias presentes no cigarro e as doenças aqui discutidas.

Para sustentar essa afirmação se apresentará algumas conclusões de estudos que demonstram a relação de causalidade entre o desenvolvimento de patologias decorrente da contaminação

<sup>134</sup> Segundo Austin Bradford Hill ("The environment and disease: association or causation", Proceedings of the Royal Society of Medicine, 14 de janeiro de 1965, pp. 10-11) um dos mais fortes índices de suporte à hipótese de presença de causalidade são os resultados obtidos por experimentos científicos capazes de produzir evidências matéricas, como por exemplo, as reveladoras da forma de atuação de dada substância química sobre o corpo humano. Aliás, é em razão disso que será apresentado no texto alguns dos resultados obtidos por pesquisas analisadas e chanceladas pela Agência Internacional para a Pesquisa do Câncer (IARC – International Agency for Research on Cancer) relativamente à atuação físico-química de substâncias cancerígenas sobre o corpo humano.

<sup>135</sup> Consistência é utilizada aqui para representar a obtenção de resultados iguais ou semelhantes em diferentes estudos, conduzidos por diferentes pesquisadores em diferentes locais, momentos e circunstâncias (Austin Bradford Hill, "The environment and disease: association or causation", Proceedings of the Royal Society of Medicine, 14 de janeiro de 1965, p. 297).

<sup>136</sup> Coerência é aqui utilizada para representar o fato de que a interpretação causal sustentada pela correlação estatística se apresenta sem conflito com os fatos sobre a dinâmica biológica da doença em questão. Assim por exemplo a conexão causal entre fumar cigarro e desenvolvimento de câncer de pulmão é coerente com os achados histopatológicos resultantes da análise de epitélios brônquicos de fumantes (Austin Bradford Hill, op. cit., p. 298).

<sup>137</sup> Trata-se aqui do chamado "gradiente biológico" também conhecido como "Curva dose-resposta" a indicar, por exemplo, que com a diminuição da exposição do sujeito à substância "x" apresenta-se também a diminuição da presença/efeitos da doença "y". É o que ocorre, por exemplo, com a taxa de mortes decorrentes de câncer de pulmão que aumenta na medida em que aumenta o número de cigarros fumados pelo sujeito. (Austin Bradford Hill, op. cit., p. 298).

<sup>138</sup> Trata-se aqui da demonstração de que a conexão causal revelada pelos dados epidemiológicos estão alinhados com o conhecimento científico sobre os mecanismos biológicos da doença. (Austin Bradford Hill, op. cit., p. 298).

<sup>139</sup> Trata-se aqui da demonstração de que a conexão causal revelada pelos dados epidemiológicos está associada a um grupo específico de sujeitos, realizadores de uma específica ação a desenvolver uma específica doença. (Austin Bradford Hill, op. cit., p. 279).

<sup>140</sup> Trata-se aqui de indicar que para se falar em conexão causal entre "exposição à determinada substância" e "desenvolvimento de determinada doença", aquela tem de ter ocorrido antes dessa. (Austin Bradford Hill, op. cit., pp. 297-298).

humana por agentes tóxicos presentes no cigarro. Por ser referência mundial na organização, publicação e realização de estudos sobre carcinogênicos humanos, selecionaram-se algumas das inúmeras pesquisas feitas pela *International Agency for Research on Cancer* (IARC)<sup>141</sup> a fim de que não restem dúvidas sobre a suficiência causal entre a exposição/consumo aos/dos produtos presentes no cigarro e suas consequências epidemiológicas e carcinogênicas<sup>142</sup>. Trabalhando com um sistema de monografias, a IARC já avaliou mais de 900 substâncias, das quais, aproximadamente 400 foram identificados como carcinogênicas ou potencialmente carcinogênicas para seres humanos.

A causalidade entre a exposição a essas substâncias e o desenvolvimento de neoplasias (câncer) é investigada, dentre outros, sob os seguintes parâmetros : a) os efeitos em pequena escala não implicam necessariamente falta de causalidade, mas são importantes se determinada doença ou exposição são comuns; b) para resultados iguais ou semelhantes de nexos alcançados em estudos diversos, tem-se maior probabilidade de causalidade quando comparado com um único estudo isolado; c) quanto maior o aumento dos riscos a partir da exposição, mais forte os indicativos de causalidade, mas a falta dessa relação não implica necessariamente a inexistência de nexos causal; d) algumas manifestações reforçam a causalidade estabelecida, como quando uma espécie de tumor aparece vinculada à exposição a determinado agente<sup>143</sup>.

Ao final de cada estudo, pode-se chegar a um dos quatro resultados sobre o agente pesquisado:  
a) evidências suficientes de carcinogenicidade em seres humanos, e a causalidade entre o câncer

<sup>141</sup> A IARC utiliza dois conceitos - cancer hazard e cancer risk - que convém distinguir: O primeiro se refere ao agente capaz de causar câncer sob determinadas circunstâncias; o segundo, por sua vez, é a estimativa dos efeitos esperados a partir da exposição a um dos cancer hazard ("A cancer 'hazard' is an agent that is capable of causing cancer under some circumstances, while a cancer 'risk' is an estimate of the carcinogenic effects expected from exposure to a cancer hazard" (INTERNATIONAL Agency for Research on Cancer. IARC monographs on the evaluation of carcinogenic risks to humans: preamble. Lyon/FR, 2006. p. 1). Portanto, enquanto o perigo de câncer (cancer hazard) descreve o potencial cancerígeno de uma substância, o risco de câncer (cancer risk) é a estimativa desse perigo concretizar-se como câncer.

<sup>142</sup> Apenas será chamado de carcinogênico, contudo, aquele agente capaz de aumentar a incidência de neoplasias malignas ou aumentar sua severidade ou multiplicabilidade.

<sup>143</sup> International Agency for Research on Cancer. IARC monographs on the evaluation of carcinogenic risks to humans: preamble. Lyon/FR, 2006. p. 11-12.

e a exposição estará com certeza estabelecida; b) evidências limitadas de carcinogenicidade em seres humanos, em que uma forte probabilidade de causalidade foi evidenciada, mas não se descarta sua inexistência em alguns casos; c) evidências insuficientes de carcinogenicidade em seres humanos, e os estudos existentes ainda são insuficientes para oferecer certeza sobre o agente ser ou não cancerígeno; d) evidências sugerem falta de carcinogenicidade em seres humanos, e os estudos possuem força probatória suficiente para atestar que o agente estudado não é cancerígeno para seres humanos<sup>144</sup>.

Para fins de suporte ao juízo causal estabelecido pelos dados epidemiológicos vamos mencionar os resultados sistematizados pela IARC acerca de duas substâncias presentes no cigarro, uma delas óbvia, o tabaco, a outra, para muitos talvez surpreendente, o cádmio. Começemos pela última.

O cádmio foi descoberto em 1817 como impurezas do zinco e do chumbo, não sendo encontrado – a não ser em raríssimas hipóteses – em seu estado puro no meio ambiente<sup>145</sup>. As principais fontes de cádmio estão na reciclagem de substâncias que contêm esse metal mas já não são utilizáveis, como é o caso dos restos de baterias de níquel e cádmio e dos restos de aço do setor siderúrgico<sup>146</sup>.

Além disso, é substancialmente importante anotar que os cigarros são fontes ininterruptas de cádmio, tanto para o fumante ativo quanto o passivo, uma vez que cada cigarro contém cerca de

---

<sup>144</sup> International Agency for Research on Cancer. IARC monographs on the evaluation of carcinogenic risks to humans: preamble. Lyon/FR, 2006. p. 19-20

<sup>145</sup> Estima-se que apenas nanogramas (1 nanograma é igual a 0,0000001 grama) desse metal é encontrado na atmosfera terrestre (International Agency for Research on Cancer. IARC monographs on the evaluation of carcinogenic risks to humans: beryllium, cadmium, mercury, and exposures in the glass manufacturing industry. v. 58. Lyon/FR, 1998. p. 125.)

<sup>146</sup> International Agency for Research on Cancer. IARC monographs on the evaluation of carcinogenic risks to humans: beryllium, cadmium, mercury, and exposures in the glass manufacturing industry. v. 58. Lyon/FR, 1998. p.126.

um a dois microgramas do metal. As fábricas de cigarros têm seu ambiente com alta concentração de cádmio, o que coloca os trabalhadores do setor em perigo de contaminação<sup>147</sup>.

No que tange aos efeitos da exposição ao cádmio, pesquisas realizadas em trabalhadores e ex-trabalhadores de fábricas e indústrias com cádmio em sua linha de produção, revelaram pequeno aumento nos casos de câncer de próstata entre trabalhadores expostos em relação aos números esperados. O que mais chama a atenção, contudo, são os casos de câncer de pulmão, bastante acima dos números esperados na maioria das pesquisas realizada<sup>148</sup>. Foram realizados estudos em 17 locais de produção que envolviam cádmio no Reino Unido, tendo-se constatado tendência ao aumento da incidência de câncer de pulmão relacionada ao tempo de duração do contrato de trabalho e intensidade da exposição<sup>149</sup>. No mesmo sentido, as pesquisas controladas em animais demonstraram lesões na próstata, alta incidência de tumores nos pulmões e até leucemia. Ademais, administração intramuscular de cádmio em ratos resultou em câncer nos pâncreas e a injeção do metal na próstata produziu tumores malignos nesse órgão<sup>150</sup>.

Em razão de todos os estudos relacionados com o agente, o cádmio foi qualificado como suficientemente carcinogênico para o ser humano pela International Agency for research on Cancer. Ratificando esses resultados, a Norma Regulamentadora nº 15 do Ministério do Trabalho e Emprego proscree a exposição ocupacional ao cádmio em qualquer que seja sua concentração.

Especificamente em relação ao tabaco é importante saber que o volume total de fumaça liberada, conforme os padrões de fumo, é determinante para o teor de contaminação, uma vez que todas

<sup>147</sup> International Agency for Research on Cancer. IARC monographs on the evaluation of carcinogenic risks to humans: beryllium, cadmium, mercury, and exposures in the glass manufacturing industry. v. 58. Lyon/FR, 1998. p. 141.

<sup>148</sup> "Excess mortality from lung cancer was reported among employed in a US cadmium recovery plant, and a dose-response relationship was demonstrated between estimated cumulative exposure to cadmium and lung cancer risk". (International Agency for Research on Cancer. . IARC monographs on the evaluation of carcinogenic risks to humans: beryllium, cadmium, mercury, and exposures in the glass manufacturing industry. v. 58. Lyon/FR, 1998. p. 207).

<sup>149</sup> International Agency for Research on Cancer. . IARC monographs on the evaluation of carcinogenic risks to humans: beryllium, cadmium, mercury, and exposures in the glass manufacturing industry. v. 58. Lyon/FR, 1998. p. 207

<sup>150</sup> International Agency for Research on Cancer. . IARC monographs on the evaluation of carcinogenic risks to humans: beryllium, cadmium, mercury, and exposures in the glass manufacturing industry. v. 58. Lyon/FR, 1998. p. 208.

as espécies de tabaco disponíveis atualmente são fontes de carcinogênicos<sup>151</sup>. Entre vários carcinogênicos identificados na fumaça do cigarro temos o benzeno, 1,3-butadieno, benzo(a)pireno, 4-metilnitrosamino-1-3-piridil-1- butanol, entre outros.

A forma mais comum de câncer decorrente do uso de cigarros é o câncer de pulmão. Estima-se que mais de um milhão de pessoas morrem anualmente dessa doença, sendo que 90% do número é atribuído ao cigarro em razão do seu uso prolongado. Isso, porque a duração do vício, além do número de cigarros fumados por dia, é fator determinante para o câncer de pulmão em fumantes: quanto mais cedo se começa a fumar, e quanto mais duradouro é o vício na fase adulta, maior o risco<sup>152</sup>.

O tabaco também é a maior causa de câncer da bexiga, uretra e pelve renal. E mais, as cavidades oral e nasal, primeiros pontos de contatos com as toxinas inaladas por meio do cigarro, são também alvos de câncer, inclusive nos lábios e na língua<sup>153</sup>. Além disso, o fumo de tabaco é apontado como causa de câncer na faringe, no esôfago, laringe, pâncreas, estômago<sup>154</sup> e

---

<sup>151</sup> International Agency for Research on Cancer. . IARC monographs on the evaluation of carcinogenic risks to humans: Tobacco smoke and involuntary smoking. v.83, Lion/FR: 2004. p. 53 p. 1179.

<sup>152</sup> International Agency for Research on Cancer. . IARC monographs on the evaluation of carcinogenic risks to humans: Tobacco smoke and involuntary smoking. v.83, Lion/FR: 2004. p. 53 p. 1180.

<sup>153</sup> International Agency for Research on Cancer. . IARC monographs on the evaluation of carcinogenic risks to humans: Tobacco smoke and involuntary smoking. v.83, Lion/FR: 2004. p. 53 p.1181.

<sup>154</sup> International Agency for Research on Cancer. . IARC monographs on the evaluation of carcinogenic risks to humans: Tobacco smoke and involuntary smoking. v.83, Lion/FR: 2004. p. 53 p.1181-1182.

figado<sup>155</sup>. Mas não é só. A prática do tabagismo ainda é comprovadamente causa de criação de risco de carcinoma espinocelular do colo uterino<sup>156</sup> e leucemia mielóide<sup>157 158</sup>.

Outro documento a consolidar pesquisas científicas que pode ser utilizado como referência para demonstração da relação causal entre tabaco/nicotina e o aparecimento de determinadas doenças é o relatório produzido pelo Serviço de Saúde Pública dos Estados Unidos<sup>159</sup>. Esse documento se revela adequado porque a metodologia adotada por esse relatório para revisar as evidências científicas colhidas preocupou-se em garantir a robustez das conclusões, razão pela qual essas últimas foram estruturadas de forma "conservadora", isto é, não foram utilizadas evidências especulativas sobre a causalidade das doenças<sup>160</sup>.

A apresentação das evidências estatísticas epidemiológicas relacionando determinadas doenças ao tabagismo juntamente com a apresentação de resultados de experimentos que demonstram a qualidade carcinogênica das substâncias produzidas no momento do uso do cigarro demonstram

---

<sup>155</sup> International Agency for Research on Cancer. . IARC monographs on the evaluation of carcinogenic risks to humans: Tobacco smoke and involuntary smoking. v.83, Lyon/FR: 2004. p. 53 p.1182.

<sup>156</sup> O câncer de colo de útero é o segundo tipo de câncer mais comum entre mulheres em todo o mundo, com cerca de 500.000 casos novos por ano, dos quais, 80% são diagnosticados em países em desenvolvimento. Em alguns desses países ocupa a primeira posição na classificação de todos os cânceres entre as mulheres, ao passo que, em países desenvolvidos, atinge o sexto lugar". BRITO, Nara Macedo Botelho. Et al. Carcinoma espinocelular moderadamente diferenciado em paciente sem fatores de risco para a doença. Rev. Para. Med., mar. 2007, vol.21, n.1, p.43.

<sup>157</sup> "A fumaça do cigarro é uma das principais fontes de exposição não-ocupacional ao benzeno (Fustinoni et al., 2005), expondo os fumantes a concentrações médias de 55 µg de benzeno por cigarro (Costa, Costa, 2002) [...]. O benzeno induz ao aparecimento de leucemia tanto em humanos quanto em animais, com forte associação entre a exposição a esse agente e a manifestação de leucemia mielóide aguda. Korte et al. (2000) concluíram que o benzeno é responsável por 12 a 58% da leucemia mielóide aguda induzida pelo cigarro de tabaco". MENEZES, Maico de. Et. al.. Influência do hábito de fumar na excreção urinária do ácido trans, trans-mucônico. Rev. Bras. Cienc. Farm. 2008, vol.44, n.3, pp. 460. Disponível em < [http://www.scielo.br/pdf/rbConstituição\\_Federal/v44n3/a16v44n3.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rbConstituição_Federal/v44n3/a16v44n3.pdf)>. Acesso em 20/01/19.

<sup>158</sup> International Agency for Research on Cancer. . IARC monographs on the evaluation of carcinogenic risks to humans: Tobacco smoke and involuntary smoking. v.83, Lyon/FR: 2004. p. 53 p.118.

<sup>159</sup> U.S. Surgeon General, Department of Health and Human Services. "The health consequences of smoking – 50 years of progress: A report of the Surgeon General", 2014)

<sup>160</sup> O referido relatório foi produzido ao longo de dois anos por 75 especialistas que revisaram todas as provas científicas disponíveis, analisando a consistência dos experimentos, a força, consistência e plausibilidade das evidências biológicas. Os resultados dessa revisão foram posteriormente revisados por mais de 100 cientistas independentes a fim de assegurar a sua exatidão.

que há sim uma "probabilidade preponderante", nos termos usados por Michele Taruffo, a atribuir "veracidade" à afirmação de que o consumo de cigarro resulta na produção dessas doenças:

"O conceito idôneo para analisar a estrutura do raciocínio probatório, e a valoração que deve empreender o juiz, (...) é o da probabilidade 'baconiana', ou 'lógica', que se refere ao grau de confirmação (ou seja, ao *evidential weight*) que uma hipótese relativa a um fato recebe com base nas inferências realizadas a partir dos elementos de provas disponíveis. Pode-se, portanto, falar de um critério de *probabilidade lógica preponderante* como critério ao qual o juiz deve se ater ao determinar se um enunciado de fato recebeu ou não suficiente confirmação probatória e, portanto, ao estabelecer se tal enunciado pode ou não pode ser considerado 'verdadeiro' aos propósitos da decisão".<sup>161</sup>

O critério da lógica preponderante consiste na combinação da aplicação da regra do "mais provável do que não" e da regra da "preponderância relativa" da probabilidade. A primeira delas diz que o juiz deve considerar acerca de cada enunciado de fato a eventualidade de que possa ser verdadeiro ou falso e, com base nas provas disponíveis, adotar aquela hipótese que possui um grau de confirmação lógica superior à outra. A segunda regra impõe que, na hipótese de existir para o mesmo enunciado de fato mais de uma hipótese de que seja verdadeiro e de que seja falso (todas elas mais prováveis do que às que as contraditavam) o juiz deve escolher o enunciado que recebeu grau relativamente maior de confirmação com base nas provas disponíveis.<sup>162</sup>

As provas apresentadas permitem concluir que o mais provável que o cigarro tenha causado a esse conjunto de usuários as doenças que apresentam correlação estatística de alta frequência com o tabagismo e cujas substâncias são, em razão de sua dinâmica biológica cientificamente demonstrada, carcinogênicas. Portanto "é mais provável que o cigarro seja a causa do que não

<sup>161</sup> TARUFFO, Michele. op. cit., p. 296.

<sup>162</sup> TARUFFO, Michele. op. cit., p. 297.

seja"! Não havendo nenhuma realização de demonstração, por parte dos fabricantes, de outras frequências estatísticas e de outras substâncias a que poderiam estar expostos esse conjunto de fumantes que poderia reduzir o grau de confirmação do enunciado anterior!

O juízo de causalidade entre cigarro e determinadas doenças que aqui se estabelece também corresponde ao que Susan Haack defende como necessário para que o uso de evidências científicas seja utilizado rigorosamente na demonstração de nexos causais em casos de danos resultado de exposição/consumo de substâncias químicas. Para essa autora esse juízo de causalidade se apresenta de forma consistente uma vez que se adote, como aqui, metodologia na qual somam-se as evidências epidemiológicas com as evidências mecânico-biológicas<sup>163</sup>. Para isso é necessário se dê, como aqui, uma "combinação de provas" capaz de:

- a) Aumentar o apoio à conclusão obtida<sup>164</sup>.
- b) Aumentar a segurança independente de cada evidência que dá suporte à conclusão ou reduza a segurança independente de cada evidência que retira suporte à conclusão.
- c) Aumenta a abrangência do suporte à conclusão obtida introduzindo novas evidências não menos favoráveis que às já existentes<sup>165</sup>.

---

<sup>163</sup> Segundo Susan Haack "under certain conditions, a congeries of evidence warrants a conclusion to a higher degree than any of its components alone would do" ("Proving causation: The weight of combined evidence", in: Evidence Matters: Science, proof and truth in the Law", Nova Iorque: Cambridge University Press, 2014, p. 208).

<sup>164</sup> Aqui é importante perceber "how tightly its [the combined evidences] components interlock to form an explanatory aCódigo Civilout", e perceber que tanto mais estarão interconectados quanto mais específicos forem, por exemplo, quando C contém S e S é associado com o aumento do risco de D e D não é "câncer", mas "câncer de pulmão", ou ainda mais específico, "câncer das células pequenas do pulmão" (Susan Haack, op.cit., p. 223)

<sup>165</sup> Susan Haack, op.cit., p.218. Segundo ela se por exemplo "we add to epidemiological evidence indicating an elevated risk of D among those exposed to S [e1], evidence about the chemical composition of S and the damaging physiological effects of its components [e2], and evidence of the biological mechanism by which exposure to S causes D [e3], this combined evidence will warrant the causal conclusion to a higher degree than any component part of this evidence standing alone. Evidence of a statistical association of smoking and lung cancer, for example, warrants a causal conclusion to a higher degree if it is combined with evidence of a causal mechanism, (...) (op. cit., p. 225).

Essa combinação de evidências presente neste caso, segundo Laurence Tribe, nada mais é do que a forma pela qual qualquer ser racional utiliza evidências para chegar a uma conclusão<sup>166</sup>, sendo, portanto, absolutamente fundamental sua utilização pelos tribunais, sob pena de em não o fazendo, ao optar por centrar sua análise em um âmbito restrito de evidências, não serem capazes de desenvolver a abordagem que o problema fático exige e as normas jurídicas impõem<sup>167</sup>.

#### § 4º - A responsabilidade civil por ato ilícito (dolo e abuso de direito): a manipulação do produto e a manipulação do debate e a lesão a direitos

##### 4.a) A manipulação do produto:

Desde o início de suas atividades as empresas fabricantes de cigarro se preocuparam em produzir um produto que fosse capaz de ampliar ao máximo seus lucros e a melhor forma de fazer isso era tornando seu consumidor literalmente um usuário "cativo" do produto. Como obtiveram isso? Pela ampliação dos poderes aditivos da nicotina:

"Even at this early stage, the underlying imperative of nicotine is understood and factored into product design thinking. A BAT scientist writes [in 1959] that "Reducing the nicotine

---

<sup>166</sup> "Few categories of evidence indeed could ever be ruled admissible if each category had to stand on its own, unaided by the process of cumulating information that characterizes the way any rational person uses evidence to reach conclusions" (Trial by mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process, Harvard Law Review 84 (1971), p. 1350).

<sup>167</sup> Neste sentido Steve Gold defende que: "Courts should broaden the range of evidence aCódigo Civilept on causation issues. Because no evidence in toxic torts can speak directly to individual causation, parties should be allowed to introduce many types of evidence – animal and in vitro experiments, epidemiological data, analogous medical cases-with fact-finders free to decide which of the many inferences urged on them are reasonable". GOLD, Steve. Causation in toxic torts: burdens of proof, standards of persuasion, and statistical evidence. Yale Law Journal, v. 96, December, 1986. p. 393-394

per cigarette might end in destroying the nicotine habit in a large number of consumers and prevent it ever being acquired by new smokers'.<sup>168</sup>

Por essa razão as empresas sempre investiram no desenvolvimento de mecanismos físicos (design de produto) e/ou químicos (componentes do produto) capazes de aumentar o poder viciante da nicotina:

"It is clear that the companies regarded the product as a drug delivery device, which could deliver nicotine according to a design. The nicotine level of Brown and Williamson's cigarettes '...was not obtained by accident ...we can regulate, fairly precisely, the nicotine and sugar levels to almost any desired level management might require'.<sup>169</sup>

A introdução de amônia para ampliar os poderes aditivos da nicotina foi uma das estratégias, entre várias, encontradas para ampliar o grau de adição dos usuários e, com isso, ampliar as margens de venda do produto e os lucros das empresas:

"By increasing the alkalinity, ammonia makes more of the nicotine 'free' and therefore increases the effect of a given quantity of nicotine in the cigarette. According to RJ Reynolds, Philip Morris begins using ammoniated sheets this year and concludes:

---

<sup>168</sup> BAT Research & Development, Complexity of the P.A.S.A. Machine and Variables Pool, 1959, 26 August (Minnesota Trial Exhibit 10,392 apud "Tobacco explained: The truth about the Tobacco industry ...in its own words", Organização Mundial de Saúde, p. 54. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019.

<sup>169</sup> Quoted in Report of Special Master: Findings of Fact, Conclusions of Law and Recommendations Regarding Non-Liggett Privilege Claims, Minnesota Trial Court File Number C1-94-8565, 1998, 8 March, (Minnesota Plaintiff's Exhibit 56 (1) BATCo 1026303333, p336); .B. Griffith, Letter to John Kirwan, B.A.T., 1963 apud "Tobacco explained: The truth about the Tobacco industry ...in its own words", Organização Mundial de Saúde, p. 54. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019

"increased use of the sheet periodically from 1965 to 1974. This time period corresponds to the dramatic sales increase Philip Morris made from 1965 to 1974"<sup>170</sup>.

As intervenções tinham por objetivo reduzir a quantidade de nicotina em cada cigarro, mas obtendo um efeito aditivo ampliado. Tornando a nicotina mais eficaz as empresas basicamente reduziam a quantidade de insumo necessário para gerar vício, fazia-se mais com menos:

"Liggett researches adjusting pH levels with the "eventual goal of lowering the total amount of nicotine while increasing the effect of the nicotine,"<sup>171</sup>

Aumentar o poder da nicotina reduzindo sua quantidade permitiu inclusive adotar a postura inquestionavelmente desleal de anunciar um cigarro com menos nicotina, sem explicar que essa nicotina possuía mais poder de atuação sobre o corpo do consumidor.

"As the pH increases, the nicotine changes its chemical form so that it is more rapidly absorbed by the body and more quickly gives a 'kick' to the smoker."<sup>172</sup>

Indubitável, portanto que a redução da nicotina mirou sempre os interesses dos fabricantes. A redução ficou sempre dentro do que se chama "dose limiar", ou seja, nunca se forneceu menos do que o necessário para despertar o vício e mantê-lo, pois não se desejava ampliar a possibilidade dos consumidores abandonarem o "hábito" (sic). Em verdade, sempre se manteve

---

<sup>170</sup> RJ Reynolds, Ammonisation, Undated, (Minnesota Trial Exhibit 13,141 apud "Tobacco explained: The truth about the Tobacco industry ...in its own words", Organização Mundial de Saúde, p. 55. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019

<sup>171</sup> Liggett, 1972, Minnesota Trial Attorney General's Report apud "Tobacco explained: The truth about the Tobacco industry ...in its own words", Organização Mundial de Saúde, p. 56. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019.

<sup>172</sup> J. L. McKenzie, Product Characterization Definitions and Implications, 1976, 21 September, Minnesota Trial Exhibit 12,270 apud Tobacco explained: The truth about the Tobacco industry ...in its own words", Organização Mundial de Saúde, p. 57. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019.

uma dose capaz de impedir que o vício pudesse, um dia, se transformar apenas em hábito, ou seja, sempre se impediu que os consumidores pudessem sair de um estado de dependência química que lhes permitisse deixar o vício do tabagismo:

"There is a danger in the current trend of lower and lower cigarette deliveries - i.e. the smoker will be weaned away from the habit. If the nicotine delivery is reduced below a threshold 'satisfactory' level, then surely smokers will question more readily why they are indulging in an expensive habit."<sup>173</sup>

Ora, se ocorreu atuação da empresa na fase industrial tanto a) na criação de desenho de produto que aumenta ventilação e, com isso, a absorção de nicotina e de outras substâncias nocivas que o compõe, como b) na inserção de aditivos (por intermédio de intervenções genéticas no insumo básico do cigarro, isto é, folhas de tabaco ou pela mistura de amônia com vistas a obtenção de vaporização acelerada da nicotina) e ambas decisões/ações foram realizadas com a intenção de obter e intensificar o vício do usuário e assumindo, conscientemente, o risco de causar graves doenças há, indiscutivelmente, dolo direto no primeiro caso e, no mínimo, dolo indireto/eventual no segundo caso.

Há, portanto, responsabilidade civil tanto por força do que estabelece o art. 146, caput quanto pelo que estabelece o art. 186, caput, ambos do Código Civil de 2002, pois há clara intenção de prejudicar o usuário fazendo com que ele desenvolva síndrome de dependência<sup>174</sup>, portanto, há dolo direto na produção de dano à saúde<sup>175</sup> e há clara assunção voluntária do risco de que tal dependência química leve o usuário, por intermédio do consumo do produto, a desenvolver outras

<sup>173</sup> BAT Co. The Product in the Early 1980s, 1977, 25 March, Minnesota Trial Exhibit 11,386 apud Tobacco explained: The truth about the Tobacco industry ...In its own words", Organização Mundial de Saúde, p. 57. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019

<sup>174</sup> A CID-10 considera o fumante como portador da síndrome de dependência, patologia caracterizada como *transtorno mental e comportamental devido ao uso de fumo* (CID 10: F17.2).

<sup>175</sup> Trataremos da "dependência química" como lesão à liberdade individual na parte destinada à análise das espécies de danos causados pelo cigarro.

doenças. Havendo, portanto, a intenção de causar dependência química e a assunção do risco de que tal dependência química a certo produto leve o usuário, pelo consumo do produto, a desenvolver certas doenças há ato ilícito e, logo, devem ser os fabricantes responsabilizados nos termos do art. 927, caput, do Código Civil de 2002.

Se as empresas fabricantes de cigarro decidem agregar ao tabaco uma quantidade extraordinária<sup>176</sup> de outras substâncias que tem como objetivo aumentar o poder aditivo de seu produto tal conduta pode ser entendida como lícita? Manter a lista dessas substâncias fora do escrutínio público sobre argumento de proteção ao segredo industrial é compatível com o que dispõe o ordenamento jurídico brasileiro? Bem, ainda que seja lícita a primeira decisão sua licitude não isenta o empresário do dever de indenizar os danos decorrentes dessa decisão, afinal o risco deve recair sobre aquele que não somente cria esse risco como obtém proveitos econômicos decorrentes da criação desse risco.

São as empresas que escolhem como produzir e como vender seu produto – um dispositivo que administra nicotina (na definição de seus cientistas) chamado cigarro - e as decisões acerca da composição química, engenharia de produto e publicidade são tomadas dentro do âmbito da “livre iniciativa” garantida pela Constituição Federal, mas se dentro desse âmbito tomam decisões para aumentar o poder aditivo (viciante) do seu produto e inserem nele substâncias químicas e o projetam para produzir aumento de riscos e, conseqüentemente, a ampliação de resultados lesivos sobre seus consumidores devem assumir responsabilidade por decisão tomada de forma livre e consciente, trata-se aqui de responsabilizar as empresas em vista da decisão acerca do risco que assumiram e pelos danos que são resultado dessa decisão. Muito surpreende ver que uma

---

<sup>176</sup> “Aditivos em cigarros”. Notas Técnicas para Controle do Tabagismo. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA). Comissão Nacional para a Implementação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco e de seus Protocolos. Rio de Janeiro, 2014 ([http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/aditivos\\_cigarr%C3%B3s\\_2014.pdf](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/aditivos_cigarr%C3%B3s_2014.pdf), Acessado em novembro de 2019). “Listing of ingredients in tobacco products”. US Food and Drug Administration. Guidance for Industry. November 2018 (<https://www.fda.gov/media/101162/download>, Acessado em nov/2019).

indústria tão acostumada a propalar a importância do livre arbítrio se recusar, contraditoriamente, a aceitar responsabilizar-se pelo exercício de seu próprio livre arbítrio!

Assim como os fabricantes de café que produzem hoje café sem cafeína ou os fabricantes de cerveja que fabricam cerveja sem álcool, teriam os fabricantes de cigarro a possibilidade de fabricar cigarro sem nicotina ou de cigarro com nicotina com menor poder de adição, mas por que não o fazem? Porque não lhes interessa uma vez que tal decisão lhes afetaria o negócio produzindo significativa redução de vendas<sup>177</sup>. E como o custo da decisão de continuar causando danos não lhes é imputado, porque haveriam de mudar?

Se os fabricantes de cigarro desenvolvem seu produto de forma a que possam controlar – por intermédio de várias estratégias - com precisão os níveis de emissão e absorção de nicotina, mantendo as doses dessa substância no limite suficiente e adequado para sustentar a dependência química do fumante devem ser responsabilizados pelos danos decorrentes dessa decisão empresarial.

E se resolvem manipular o debate público não somente através da retenção de informações que deveriam vir à público, mas também desacreditando pesquisas que apontam conclusões sobre os malefícios de seus produtos que sabem ser consistentes (inclusive porque com resultados semelhantes e/ou idênticos aos obtidos pelas pesquisas internas que conduzem há muito tempo) então também aqui há causa para responsabilização, tanto nos termos dos artigos do Código Civil

---

<sup>177</sup> A “redução ou eliminação da nicotina pode ser a morte para nós” (“reduction or deletion of nicotine could be death to us” (SELTZER, C. C., “The effects of cigarette smoking on coronary heart disease”, 16 de janeiro de 1996. Disponível em <http://www.industrydocumentslibrary.uConstituição.Federal.edu/Tobacco/docs/#id=ygww143>. Acesso em 05/02/19)). A razão para essa afirmação está no fato de que, segundo as pesquisas realizadas pelas fabricantes de cigarro, sem uma quantidade suficiente de nicotina “o fumante pode a) deixar de fumar, b) reduzir a um nível mínimo a aquisição do produto, c) trocar de marcas” (“the smoker can give up altogether, b) cut back a low purchase, c) keep switching brands” (CREIGHTON, D. E. “Structured creativity group presentation”. Disponível em <http://www.industrydocumentslibrary.uConstituição.Federal.edu/Tobacco/docs/#id=fhlw0200>. Acesso em 05/02/19)

já mencionados (art. 146, caput e 186, caput), mas também nos termos do art. 187, caput, do Código Civil/02.

Diante dessa situação é possível falar que a decisão por fabricar cigarros dessa maneira constitui *decisão de produção desnecessária* (uma vez que tais níveis de nicotina são estabelecidos apenas com a finalidade de intensificar a dependência) e *prejudicial ao consumidor* por deixar que esse realize sua decisão de consumo diante de *riscos não-revelados do produto* (ainda que conhecidos pelo fabricante), algo que obviamente nosso sistema jurídico não tolera, podendo-se portanto falar em "prática comercial abusiva" - e, portanto, inaceitável - de "produto tornado defeituoso por ausência de informação"<sup>178</sup>.

Ao considerar os sistemas jurídicos detentores de semelhanças, nesse ponto (relativamente ao tema do "produto defeituoso" e das "práticas comerciais inaceitáveis/abusivas"), ao sistema jurídico brasileiro, quais sejam os direitos americano e europeu, Geraint Howells sustenta:

"One potential route to challenging tobacco is on the basis that it is socially **unacceptable to manipulate** them. If the nicotine content of cigarettes is higher than it need be or is engineered to enhance the addictive nature of the product the product design may not be found to be socially acceptable. As compared to alternatives it offers no additional benefit to users and yet creates additional risks of addiction and exposure to the other negative aspects of nicotine. Also it could be considered an **undisclosed risk**. The smoker being unaware that the nicotine had been manipulated might be a grounding for treating those **additional risks as unacceptable** and rendering the product defective."(grifei)<sup>179</sup>

<sup>178</sup> HOWELLS, Geraint. "The Tobacco Challenge: Legal policy and consumer protection", Surrey: Ashgate, 2011, p. 100.

<sup>179</sup> "The Tobacco Challenge: Legal policy and consumer protection", Surrey: Ashgate, 2011, p. 100.

A adoção e manutenção dessas práticas industriais ao aumentarem o poder de adição/dependência/vício e toxicidade do produto correspondem a uma violação do dever de adoção de medidas tecnológicas que reduzam os riscos à saúde resultantes do consumo do cigarro (art. 2º, §2º, Lei 8080/90) suficiente a produzir responsabilidade subjetiva por ato ilícito nos termos do art. 187, CC/02. Além disso, a manutenção em segredo dessas manipulações também configura violação dos termos do art. 187, CC/02 porque se configura como comportamento desleal do fabricante frente ao público e ao agente regulador por impedir que se possam produzir, por intermédio da apresentação completa dos elementos componentes do cigarro e dos mecanismos de seu funcionamento, análises sobre os componentes do produto capazes de produzir informações isentas e confiáveis sobre os riscos decorrentes do consumo e, ao impedir a produção dessas informações impede que se possa falar em "consentimento esclarecido" do usuário à produção de dano à sua saúde resultado do consumo do referido produto.

Mas como esperar comportamento leal de empresas que constantemente fraudam a confiança pública a ponto de não só omitir informações, mas também de mentir! Esse é o caso das fabricantes de cigarro que diante da afirmação feita pelo Comissário da FDA, David Kessler, de que havia "evidência crescente" de que as empresas fabricantes de cigarro controlavam os níveis de nicotina<sup>180</sup>, não tiveram problema algum de, por intermédio de seus representantes legais, "esquecer" todos os fatos acima narrados e reagir a essa afirmação, mentindo:

"There is no way we add anything to enhance the nicotine."<sup>181</sup>

"We do not increase the level of nicotine in any of our products to 'addict' smokers."<sup>182</sup>

---

<sup>180</sup> PRINGLE, P. "Dirty Business – Big Tobacco at the Bar of Justice", Aurum Press, 1998, p. 33.

<sup>181</sup> The Guardian, "Cigarette Tampering Denied", 1995, 19 October, p. 23 apud Tobacco explained: The truth about the Tobacco industry ...in its own words", Organização Mundial de Saúde, p. 60. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019.

<sup>182</sup> CEO da RJ Reynolds referido no Report of Special Master: Findings of Fact, Conclusions of Law and Recommendations Regarding Non-Liggett Privilege Claims, Minnesota Trial Court File Number C1-94-8565, 1998, 8 March, Minnesota Plaintiff's Exhibit 33 (1) RJR 513193867, p. 867 apud "Tobacco explained: The truth about the

A postura de negar a manipulação também se repete no Brasil, como por exemplo, a manifestação da Souza Cruz de que "a nicotina não é adicionada durante o processo de produção do cigarro", destacando que "ela está naturalmente presente na folha do tabaco e de outras culturas agrícolas"<sup>183</sup>, e assegura que "os ingredientes adicionados segundo as determinações regulatórias não estimulam a dependência"<sup>184</sup>. Ao mesmo tempo afirma escolher *blend* de folhas (afirmando ser para propiciar diversas experiências de consumo)<sup>185</sup> e desenvolver formas de ventilação do filtro no cigarro<sup>186</sup>. Entretanto, deveria esclarecer que:

Já há muito tempo sabe que a ventilação tem efeito sobre a forma como a nicotina é consumida pelo corpo e que, portanto, o uso de filtros e ventilação serve para manipular a administração de nicotina nos pulmões, maximizando sua absorção<sup>187</sup>, ou seja, não é necessário agregar mais nicotina para agregar mais poder aditivo nessa substância basta garantir que as partículas da substância adquiram o tamanho ideal para a absorção pelos alvéolos pulmonares. Isso é feito por intermédio da ventilação.

Tobacco industry ...in its own words", Organização Mundial de Saúde, p. 60. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019.

<sup>183</sup> "Do que é feito o cigarro?", documento encontrado no website da Souza Cruz (Disponível em [http://www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU\\_AG6LVH.nsf/vwPagesWebLive/DOAGFH2J?opendocument](http://www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU_AG6LVH.nsf/vwPagesWebLive/DOAGFH2J?opendocument). Acesso em 05/02/19)

<sup>184</sup> "Do que é feito o cigarro?", documento encontrado no website da Souza Cruz (Disponível em [http://www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU\\_AG6LVH.nsf/vwPagesWebLive/DOAGFH2J?opendocument](http://www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU_AG6LVH.nsf/vwPagesWebLive/DOAGFH2J?opendocument). Acesso em 05/02/19)

<sup>185</sup> "O tabaco presente em um cigarro pode não ser de uma única variedade. Cada marca possui o seu próprio blend - mistura de diferentes tipos e classificações de tabaco - em variadas proporções, que propiciam distintas experiências para o consumidor". ("Do que é feito o cigarro?", documento encontrado no website da Souza Cruz (Disponível em [http://www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU\\_AG6LVH.nsf/vwPagesWebLive/DOAGFH2J?opendocument](http://www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU_AG6LVH.nsf/vwPagesWebLive/DOAGFH2J?opendocument). Acesso em 05/02/19)

<sup>186</sup> "O sabor do cigarro também pode ser influenciado por outros fatores. Um deles é o nível de ventilação permitido pelo filtro, que pode oferecer experiências completamente distintas a um mesmo blend." ("Do que é feito o cigarro?", documento encontrado no website da Souza Cruz (Disponível em [http://www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU\\_AG6LVH.nsf/vwPagesWebLive/DOAGFH2J?opendocument](http://www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU_AG6LVH.nsf/vwPagesWebLive/DOAGFH2J?opendocument). Acesso em 05/02/19)

<sup>187</sup> "As the pH increases, the nicotine changes its chemical form so that it is more rapidly absorbed by the body and more quickly gives a 'kick' to the smoker." (McKenzie J. L., Product Characterization Definitions and Implications, 1976, 21 September, Memo to AP Ritchy, Minnesota Trial Exhibit 12,270 apud Tobacco explained: The truth about the Tobacco industry ...in its own words", Organização Mundial de Saúde, p. 57. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019)

Eis a razão pela qual cigarros “light” produzem efeitos mais intensos sobre o fumante. Nesse caso a produção de uma “fumaça suave” e a vinculação desse produto com a ideia de “leveza” quando seu fabricante tem em seu poder informações de que o efeito sobre a saúde do consumidor é ainda mais potente do que os cigarros “tradicionais” demonstra, mais uma vez, a presença de dolo comissivo, ou seja, a intenção consciente de ludibriar a contraparte de forma a lhe fazer agir em erro quanto a elementos essenciais do produto<sup>188</sup>.

Cabe, portanto, nos termos do art. 146, CC/02, a indenização dos prejuízos da contraparte em razão de que neste caso essa (o consumidor), uma vez de posse dessa informação, teria ou se recusado a adquirir/consumir o produto ou, no mínimo, teria exigido pagar outro preço (bem menor, ressalte-se, já que exposto a mais risco e não a menos), assim se pode, com base nessa situação, solicitar a reparação dos danos extrapatrimoniais à saúde por ele (consumidor) sofrido em razão de utilização de produto que de outra forma, ausente o dolo, não teria utilizado ou a restituição da diferença entre o valor efetivamente pago na crença de que adquiria produto “menos maléfico” e o valor que pagaria caso tivesse sido esclarecido que se-lhe entregava o oposto (produto “mais nocivo”<sup>189</sup>)<sup>190</sup>.

Com base nisso, inclusive, se poderia dizer que os cigarros anunciados como “light” são, diante das regras do Código de Defesa do Consumidor<sup>191</sup>, produtos defeituosos por não oferecerem a segurança que dele legitimamente se espera por sua apresentação (se apresentavam de forma a associar “leveza” com “menos malefícios”) e em razão dos riscos que razoavelmente dele se

<sup>188</sup> “A qualidade há de ser comunicada sempre que, se o fosse, a outra pessoa não praticaria o ato, ou o praticaria com outras cláusulas ou minoração de preços.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti., “Tratado de Direito Privado”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, TOMO IV, p. 451).

<sup>189</sup> O fumante de cigarros leves tende, segundo várias pesquisas, a aumentar a intensidade da tragada para compensar o volume de nicotina. A tragada mais intensa aumenta o volume de ar e, portanto, confere uma sensação de maior suavidade. Ocorre que o nível de diluição obtidos nos cigarros leves aumentam a mutagenicidade do produto e, com isso, aumentam o potencial carcinogênico do mesmo.

<sup>190</sup> “Se o dolo apenas influenciou quanto ao preço, e.g., 2x em vez de x, não há anulabilidade; há, tão-só, reparação.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti., “Tratado de Direito Privado”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, TOMO IV, p. 467).

<sup>191</sup> Art. 12, § 1º, I e II, Lei 8078/90.

esperam (o consumidor esperava que contivessem menos riscos à saúde que os "cigarros regulares")<sup>192</sup>.

Outra coisa que a fabricante deveria também esclarecer é que por meio da escolha de folhas é possível ter um controle sobre a "dose limiar" (necessária para manter a síndrome de dependência química) de nicotina e que como corolário dessa prática se realizou um esforço na pesquisa e produção de folhas de tabaco com maior concentração dessa substância<sup>193</sup>, inclusive no Brasil<sup>194</sup>. A Souza Cruz não adiciona elementos tóxicos, mas tem pleno conhecimento, pelo menos desde os anos 70<sup>195</sup>, de que os elementos que adiciona ao produto juntamente com a ventilação desenvolvida para seu consumo transformam esses elementos e ampliam o poder de adição (poder de viciar) e sua toxicidade.

#### 4.b. A manipulação da opinião pública

---

<sup>192</sup> As fabricantes sabiam que os cigarros light seriam percebidos como mais seguros e, em verdade, trabalharam para criar e incentivar tal percepção. As fabricantes sabiam que ao criar cigarros com menor teor de nicotina e alcatrão esses produtos "poderiam ser anunciados para o consumidor de tal forma a convencê-los de que eles estejam efetivamente recebendo produtos que serão percebidos como 'mais seguros'" ("can be marketed to the consumer in such a way to convince them that they are indeed receiving a product which would be perceived as 'safer'") (1987-1992 R&D Strategic plan, 20 de novembro de 1987. Disponível em <http://www.industrydocumentslibrary.uConstituição.Federal.edu/Tobacco/docs/#id=hkbv0125>. Acesso em 05/02/19)

<sup>193</sup> Há documentos que demonstram que houve o desenvolvimento de pesquisas para a produção de folha de tabaco (Y-1), cultivada e patenteada no Brasil ("Status of high nicotine Tobacco evaluation/317, Correspondência entre B.B Charaborty para M.L. Reynolds. Disponível em <http://www.industrydocumentslibrary.uConstituição.Federal.edu/Tobacco/docs/#id=jqxj0045>), capaz de permitir, quando de sua utilização na composição do cigarro, a obtenção do nível adequado de nicotina para a administração ao consumidor de sua dose limiar (TAYLOR, R. G.. "Leaf/Blend Quality Group", 22 de junho de 1987 (<http://www.industrydocumentslibrary.uConstituição.Federal.edu/Tobacco/docs/#id=xpgv0212>))

<sup>194</sup> A Souza Cruz realizou por pelo menos 10 anos, no Rio Grande do Sul, projetos de pesquisa e produção por meio de manipulação genética de fumo com o dobro de incidência de nicotina encontrada naturalmente na planta ("Y1 Production and Inventory; Options for blending off Y1", 28 de julho de 1994 (Disponível em <http://www.industrydocumentslibrary.uConstituição.Federal.edu/Tobacco/docs/#id=Lxnv0137>. Acesso em 05/02/19))

<sup>195</sup> GREEN, S. J. "Notes on the group research & development Conference at Duck Key", Florida, 28 de julho de 1974 (Disponível em <http://www.industrydocumentslibrary.uConstituição.Federal.edu/Tobacco/docs/#id=pqxx0201>. Acesso em 05/02/19)

Mas além de manipular o produto de forma a intensificar seu poder viciante e seus efeitos nocivos as fabricantes também manipulam o debate público tanto pela omissão intencional de informações sobre composição e efeitos do produto fabricado (efeito aditivo e efeito lesivo), como pela ação intencional no sentido de ampliar a desinformação sobre os efeitos nocivos do produto fabricado, ambas atitudes sendo suficientes, *per se*, para produzir responsabilidade subjetiva das fabricantes por ato ilícito nos termos dos arts. 186, CC/02 (dolo).

Estar ciente de que as fabricantes de cigarro realizaram e realizam a manipulação de informações com vistas a impedir que certos dados circulem (os relativos à composição e risco do produto) e certas ideias sejam infundadamente desacreditadas (sobre dependência e lesividade associada ao produto) é constatar que tal manipulação do “livre mercado de ideias” é, obviamente, não só um ato que ofende os preceitos constitucionais relativos às liberdades de expressão e crítica fundamentais ao regime democrático<sup>196</sup>, mas igualmente um ato que ofende os preceitos constitucionais relativos à liberdade de iniciativa de consumidores e demais agentes econômicos (concorrentes desses fabricantes), pressupostos fundamentais de nossa ordem econômica conforme o caput do art. 170, da Constituição Federal.

Assim sendo seria inadequado realizar a análise da alegada responsabilidade dos consumidores por suas decisões sem levar em consideração o exato conhecimento que os fabricantes detinham e detêm sobre seu produto e o comportamento por eles (fabricantes) adotados diante desse conhecimento, desconsiderar esse ponto resulta numa apreciação míope sobre a suposta assunção de risco pelos consumidores uma vez que não considera de forma séria se os consumidores foram totalmente informados sobre esses riscos e se não tiveram sua percepção sobre os mesmos manipulada.

---

<sup>196</sup> Na ADPF 187, julgada em 15 de junho de 2011, o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu ser esse “livre mercado de ideias” um elemento fundamental do regime democrático.

Se ele, o fabricante, manipula as informações circulantes no “livre” mercado de ideias sobre seus produtos estará, obviamente, manipulando as “expectativas legítimas dos consumidores”<sup>197</sup>. Quando o fabricante impede que certas informações que possui sobre o produto cheguem a esse “mercado” e cria estratégias para manipular a circulação de ideias nesse mercado de forma a criar “atrito” que dificulta a “circulação” de informações desabonadoras de seu produto devemos nos perguntar se esse mercado e o arbítrio dos consumidores continuam “livres”. Exemplos dessa manipulação é possível identificar em declarações como as que seguem abaixo.

Assim, em determinada oportunidade, respondendo a alegações de que o cigarro era um produto aditivo o “Tobacco Institute”<sup>198</sup> argumentava que “claims that cigarettes are addictive contradict common sense ... An escalation of antismoking rhetoric ... without medical or scientific foundation.”<sup>199</sup>

Em outra situação, em entrevista concedida a jornal, um executivo da British American Tobacco afirmava: “We have not concealed, we do not conceal and we will never conceal ... we have no internal research which proves that smoking ... is addictive.”<sup>200</sup>

A essas declarações se somavam pronunciamentos públicos nos quais se sustentava que “those who term smoking an addiction do so for ideological -- not scientific -- reasons.”<sup>201</sup>

---

<sup>197</sup> Como bem destacou Geraint Howells: “These quality standards have the air of an objective standard, but are closely linked to consumer expectations that are contingente upon the contexto which a product is marketed.” (“The Tobacco challenge – Legal Policy and Consumer Protection”, Market and The Law Series, Surrey, Ashgate, 2011, p. 91)

<sup>198</sup> Um dos institutos criados pelas fabricantes para disseminar desinformação e que foi extinto por força de decisão judicial.

<sup>199</sup> The Tobacco Institute, Claims That Cigarettes are Addictive Contradict Common Sense, 1988, 16 May (Minnesota Trial Exhibit 14,384); (Minnesota Plaintiff’s Exhibit 22(1), TI 00125189, p189) apud “Tobacco explained: The truth about the Tobacco industry ...in its own words”, Organização Mundial de Saúde, p. 20. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019.

<sup>200</sup> Martin Broughton, Chief Executive BAT entrevista para T. Stevenson, BAT Denies Smoking Claims, The Independent, 1996, 31 October, p. 20.

<sup>201</sup> Philip Morris, Position Statement on A Wide Range of Issues, Believed to be 1996 apud Organização Mundial de Saúde, p. 21. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019.

Outro exemplo dessa manipulação do debate público se encontra na tentativa de extensão do conceito de vício iniciada no final dos anos 90 do século XX:

Assim, além da apresentação de pesquisas que buscavam criar dúvidas sobre o poder aditivo da nicotina ou buscavam questionar as conexões causais entre o consumo do cigarro e o desenvolvimento de inúmeras doenças sempre com vistas a manter vivo o argumento acerca da inexistência de “prova cabal” dos malefícios do cigarro, as fabricantes passaram, a partir dos anos 90, quando do vazamento de informações internas revelando resultados de pesquisas secretamente realizadas pelas mesmas a demonstrar e confirmar os efeitos aditivos da nicotina, a tentar “ampliar”(sic) o conceito de vício para, ao incluir atividades tão variadas como a prática de esporte (“vício em adrenalina”) e o ato de compras na internet, buscar convencer o público de que o ato de fumar cigarro não poderia ser visto de forma “diferente”.

Assim, por exemplo, em resposta a um editorial do “Observer” que argumentava que a nicotina era aditiva/viciante, Chris Proctor da British American Tobacco respondia:

“Addiction is an emotive subject and it is certainly possible to define the term broadly enough to include smoking ... The public's understanding has changed significantly over recent decades ... The current definition is more colloquial, reflected in terms like 'chocoholic' and 'Addicted to love' as in a recent movie. This colloquial definition is all inclusive and certainly applies to the use of many common substances that have familiar pharmacological effects to cigarettes, such as coffee, tea, chocolate and cola drinks.”<sup>202</sup>

A mesma estratégia foi utilizada por John Carlisle, diretor executivo da Associação dos Fabricantes de Tabaco do Reino Unido (TMA UK), quando questionado em entrevista se a nicotina era viciante:

---

<sup>202</sup> Dr. Chris Proctor, BAT Industries - Smoking Gun?, Declaração feita no Observer, 01 de março de 1998, p. 13.

"The definition of addiction is wide and varied. Nicotine and addiction 22 People are addicted to the Internet. Others are addicted to shopping, sex, tea and coffee. The line I would take is that tobacco isn't addictive but habit forming."<sup>203</sup>

Fumar é um hábito assim como jogar futebol com os amigos no final de semana? Será mesmo? Já em 1953 diretor de pesquisa do setor, declarava que "felizmente para nós cigarros são um hábito que eles [consumidores] não conseguem deixar"<sup>204</sup>. Há uma palavra mais adequada para definir "hábito que não se consegue deixar" em se tratando de atuação de substância química e seus efeitos químicos sobre o corpo humano: denomina-se "vício", segundo o dicionário<sup>205</sup>, e denomina-se "síndrome de dependência", segundo a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados com a Saúde<sup>206</sup>.

Em resumo, ao tornar mais porosos os contornos do conceito de "vício" passaram a apresentar como "vício" a realização de condutas "socialmente aceitáveis" de forma a sustentar que o caso do tabagismo não seria diferente. Há, claramente, uma tentativa de deslocamento do foco do debate, pois ao invés de discutir a atividade do "causador do vício" – elas mesmas – passaram a focar na "decisão" do usuário, passaram a se apresentar como "defensoras" do direito do fumante de realizar suas "escolhas" devendo, portanto, ser respeitado em sua "preferência individual" da

<sup>203</sup> Entrevista para a revista Punch, 11 de abril de 1998.

<sup>204</sup> Já em dezembro de 1953 em memorando enviado para pela empresa de consultoria em relações públicas Hill & Knowlton para o Comitê de Pesquisa da Indústria de Tabaco (que havia contratado a consultoria para a produção de campanha de relações públicas cpaz de melhorar a imagem das empresas do setor) está registrada a declaração de um diretor de pesquisa da indústria comentando quão afortunado era para as empresas era para as empresas que os cigarros eram "um hábito" que os fumantes "não quebram". Documento disponível em <http://www.tlaonline.com/HKWIS/0375.pdf>. Acesso em 02/01/19.

<sup>205</sup> O Dicionário Houaiss menciona o uso da palavra "vício" com o significado de hábito ou costume persistente, mas registra que é um uso "por extensão semântica", ou seja, um uso que amplia o sentido original da palavra, portanto, um recurso bastante útil se o objetivo do emissor é tornar esfumaçada a distinção entre situações descritas. O mesmo dicionário Houaiss registra "vício" como "dependência que leva ao consumo irresistível" (HOAUISS, Antônio. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro, Objetiva, 1ª reimpressão com alterações, 2004, verbete "vício", 6 e 7, p. 2857.

<sup>206</sup> A CID-10 considera o fumante como portador da síndrome de dependência, patologia caracterizada como *transtorno mental e comportamental devido ao uso de fumo* (CID 10: F17.2).

mesma forma como se tivesse escolhido "praticar esportes". Em verdade, documentos internos, revelam o que realmente pensavam os fabricantes sobre esse "direito de fumar":

"We don't smoke that shit. We just sell it. We just reserve the right to smoke for the young, the poor, the black and the stupid."<sup>207</sup>

Diante disso tudo, devemos, portanto, nos questionar acerca do poder que o fabricante tem de manipular esse mercado de ideias e, com isso, manipular as expectativas "normais" do consumidor comum. Sendo o conceito jurídico de "expectativas legítimas" calcado numa premissa sociológica – a formação social de expectativas quanto ao risco associado a certos produtos - não pode o operador do direito quando da aplicação do conceito jurídico deixar de analisar a situação fática sem assumir integralmente essa premissa e, portanto, sem perquirir se a expectativa dos consumidores é segue sendo "legítima" quando é resultado de "distorções" e "manipulações" daquele "mercado de ideias" cuja a premissa inicial é a de que estaria isento de tais intervenções e, portanto, permitiria a livre e esclarecida formação de expectativas pelos consumidores.

Perpetuar artificialmente a controvérsia, criar dúvidas na opinião pública quando já de posse de informações científicas produzidas por suas equipes de pesquisa acerca do poder viciante da nicotina e da relação causal entre o consumo de cigarro e o surgimento de doenças é, indiscutivelmente, ato ilícito não apenas porque pode ser compreendido como exercício inadmissível do direito ao debate (liberdade de manifestação de pensamento) por consistir em um ato contrário à boa-fé (nos termos do art. 187, CC/02) em razão da deslealdade nele encarnada, mas mais especificamente por caracterizar dolo (nos termos do art. 147 do CC/02). Tal atitude podem também ser enquadrada como ato ilícito por configurar prática abusiva nos termos do Código de Defesa do Consumidor (art. 39, IV), afinal os fabricantes, por intermédio dessa omissão

---

<sup>207</sup> Resposta dada por executivo RJ Reynolds quando perguntado, por ator contratado para fazer um anúncio de cigarro, do motivo pelo qual não fumava. ("Tobacco Wars", Thames TV, First Tuesday, 02 de junho de 1992 apud Tobacco explained: The truth about the Tobacco industry ...in its own words", Organização Mundial de Saúde, p. 11. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019.

de informações relativas ao produto mantêm um estado de ignorância acerca dos elementos essenciais do risco do produto como forma de impingir-lo aos consumidores.

### § 5º – Da inaplicabilidade da excludente relativa à “culpa exclusiva do consumidor”:

Embora seja um argumento recorrentemente adotado por aqueles que pretendem afastar a responsabilidade dos fabricantes de cigarros pelos danos resultantes do consumo do produto um olhar mais detido sobre a alegação de que estaria, nestes casos, presente a “culpa exclusiva do consumidor” revela a fragilidade dessa perspectiva, senão vejamos: Como é possível falar em culpa do consumidor se esse, na utilização do produto não fez uso inadequado, mas, pelo contrário, utilizou-o de acordo com as instruções do fabricante? Como é possível falar em “assunção de risco” de risco pelo consumidor (como que a revelar uma “negligência do usuário para com sua própria saúde”) se segundo as próprias fabricantes não havia e segue não havendo informação conclusiva sobre o caráter viciante da nicotina e sobre o caráter lesivo dos componentes do cigarro? Ora, aceita essa premissa devemos, por consequência, concluir que não se pode falar em “assunção consciente e esclarecida do risco”. E, por fim, como se pode falar em “liberdade de escolha” quanto a parar ou continuar a fumar se o produto gera dependência química?

Todas essas perguntas acima possuem respostas relativamente fáceis a indicar que, na realidade, não há como falar, no presente caso, em excludente de responsabilidade por “culpa exclusiva da vítima”. A análise abaixo realizará análise detida sobre esses pontos a fim de que não reste dúvidas quanto a isso.

5.a. Os danos resultantes do cigarro se dão em razão de uso, pelo consumidor, do produto segundo as instruções do fabricante:

Não é possível falar em culpa da vítima porque não há aqui um uso negligente ou inadequado, ou seja, culposo do produto pela vítima. Pelo contrário, a vítima utiliza o produto exatamente como lhe orienta o fabricante. Ressalte-se que as advertências são úteis para que o consumidor não empregue ou utilize o produto de forma inadequada, mas não para isentar o fabricante de responsabilidade por danos decorrentes de características do produto que são resultado único e exclusivo da tomada de decisão do agente econômico, não do consumidor. Esquecer esse fato é permitir a conclusão ilógica de que o consumidor é responsável pelos seus atos (decidir fumar), mas o fabricante não seria (decidir fabricar cigarros com determinados componentes químicos e determinadas especificações físicas). Note-se que o art. 12, § 3º, III, do CDC exige, como excludente, a presença de “culpa exclusiva do consumidor” e não de “ato do consumidor”. Em síntese, como alegar negligência de sujeito que consome o produto segundo as orientações de seu fabricante?

Salta aos olhos, portanto a inadequada comparação entre cigarros e bebidas alcóolicas e veículos automotores de forma a pretender demonstrar que há inúmeros outros produtos socialmente tolerados com igual potencial lesivo. Entretanto, ainda que o uso de tais produtos implique riscos é fundamental destacar que, diferentemente do cigarro, tais riscos decorrem de uso abusivo e/ou manuseio feito com desrespeito às instruções do fabricante. Cigarros são o único produto de consumo que produz dano ainda que utilizado conforme as instruções do fabricante<sup>208</sup>.

Assim, para retomar e desenvolver ponto já abordado anteriormente, os “filtros de fumaça” – cujo nome remete a algo que reduz o volume de impureza – são na verdade “injetores de nicotina” – uma vez que através deles e de outros mecanismos se obtém a modificação do *ph* da fumaça produzindo uma fumaça mais “suave”, porém, infelizmente para o fumante, mais “viciante”<sup>209</sup>.

<sup>208</sup> “Products like automobiles and alcohol may be highly dangerous, but those dangerous usually result from the ways in which those products are abuse or negligently handled. Cigarettes, by contrast, are highly dangerous even in the course of altogether ‘ordinary use’.” (SCHWARTZ, Gary T. ‘Tobacco liability in the Courts’, in: RABIN & SUGARMAN (eds.), “Smoking Policy: Law, Politics, and Culture. New York: Oxford Univerity Press, 1993, p. 141).

<sup>209</sup> Com a modificação do *ph* da fumaça se “produz níveis mais altos de ‘nicotina de base livre’, o que leva a um produto mais viciante assim como a uma inalação mais profunda de uma fumaça mais fresca e menos desagradável” (“producing higher levels of free-base nicotine, which led to a more addictive product as well as deeper lung inhalation of cooler and less harsh smoke”) (“How tobacco smoke causes disease: The biology and behavioral basis for smoking-

Assim deveria esclarecer que se os ingredientes adicionados podem não estimular a dependência, a nicotina "ventilada" certamente pode. Fundamental, portanto, aqui mais uma vez reiterar a distinção que deve ser feita entre o cigarro e outros produtos também qualificados como "perigosos" como, por exemplo, uma faca<sup>210</sup>, pois se é verdade a afirmação de que uma faca pode ou não produzir danos a seu usuário e, certamente, não produzirá danos se for usada de acordo com as instruções do fabricante, tal circunstância não se identifica no cigarro, pois esse produto sempre produzirá dano e tais **danos serão ainda maiores se o usuário seguir as instruções do fabricante**, como por exemplo, se fumar o tabaco com o "filtro" posto pelo fabricante a nicotina terá um efeito ainda mais lesivo sobre o corpo do fumante do que o obtido se tal "filtro" for retirado.

5.b. Assumida a premissa defendida pelas empresas, qual seja a de que não havia e não há informação conclusiva sobre o poder aditivo da nicotina e sobre os efeitos lesivos das substâncias presentes no cigarro, não se pode, sem cair em contradição, sustentar que há, pelos consumidores, uma "assunção consciente e esclarecida do risco".

Essa contradição básica se revela em um dos argumentos de defesa mais utilizados pelos fabricantes: o que alega, simultaneamente, que a) **todo fumante sabia, desde sempre**, que fumar causa danos razão pela qual não era necessário informá-los, e que b) **ninguém sabe, ainda hoje**, se fumar causa danos razão pela qual não pode ser obrigada a informar sobre hipóteses não confirmadas. A contradição dessa linha de argumento salta aos olhos, pois afirma, simultaneamente, que "**certamente todo mundo sabia**" e que "**ninguém sabe ao certo**" que fumar causa danos à saúde<sup>211</sup>.

Ora, para além do fato de que se uma das afirmações é verdadeira a outra é falsa temos que a veracidade de qualquer uma delas geraria a responsabilidade da empresa, senão vejamos:

---

attributable disease – a Report of the Surgeon General", 2010, p. 16. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/21452462>. Acesso em 05/02/19)

<sup>210</sup> SILVA, João Calvão da. "Responsabilidade civil do produtor", Coimbra: Almedina, 1990, p. 637, n.1.

<sup>211</sup> Sobre a chamada defesa "ninguém sabia/todos sabiam" ("no-one knew/everyone knew defense") ver, por todos: PROCTOR, R. "“Everyone knew but no one had proof”: Tobacco industry use of medical history expertise in US Courts, 1990-2002", (2006) 15 (Suppl. 4) Tobacco Control iv 117.

Se todo mundo sabia que fumar causa danos tal informação deveria ter sido apresentada pela empresa de forma mais detalhada quando da comercialização de seus produtos, uma vez que a notoriedade do fato – “fumar faz mal à saúde” – não possui especificidade suficiente para que se possa afirmar que a decisão de fumar se deu com base numa assunção esclarecida do risco. Se pretendia “transferir” o risco relativo ao produto para a contraparte, o usuário deveria ter cumprido os requisitos legais necessários a essa transferência. Se assim não o fez, não pode agora solicitar que se considere realizada transferência, pois essa não ocorreu. O que pretendia a fabricante era transferir o risco associado a seu produto à contraparte. Deveria, portanto, ter atentado para as regras que, já no Código Civil de 1916, tratam desse tipo de transferência. A simples leitura dessas regras revela que é dever daquele que pretende transferir o risco informar precisamente a contraparte sobre os elementos essenciais que compõem esse risco. Assim, *in casu*, somente de posse de informações mais específicas sobre o efeito viciante de substância como a nicotina e da presença de substâncias intensamente lesivas de substâncias como o cádmio é que se poderia alegar que houve o cumprimento integral dos requisitos legais da “assunção do risco” pelo usuário.

Da análise dos termos legais presentes tanto Código Civil de 1916 como no Código Civil de 2002 é inconteste que a transferência do risco não se presume, devendo ser demonstrado por quem a alega que: a) houve a apresentação clara e precisa dos referidos riscos e b) houve a expressa assunção dos mesmos pela contraparte<sup>212</sup>. De tal ônus não se desincumbiram as referidas empresas; aliás, contraditoriamente ao que daria suporte a alegação dessa assunção, o que se obtém ao se procurar pelas manifestações das empresas ao longo de décadas de atuação é a afirmação de que ninguém sabe ao certo se fumar causa danos à saúde! Assim, temos, como exemplo dessa postura, as seguintes manifestações:

Na década de 1960, diante das primeiras pesquisas que indicavam existir forte conexão causal entre o consumo de cigarros e o câncer de pulmão as empresas, por intermédio de seus

---

<sup>212</sup> A imposição da presença necessária de “prestação de informações” e “assunção expressa” são recorrentes nos mais diversos dispositivos relativos à transferência do risco tanto no Código Civil de 1916 (arts. 1058, 1108 e 1434) quanto no Código Civil de 2002 (arts. 393, 449 e 760).

representantes, se manifestavam no sentido que "destacar o tabaco como um dos fatores fundamentais [na causa de doenças] não possui base em conhecimentos científicos"<sup>213</sup>.

Essa linha de argumentação se fazia necessária porque em 1954 as empresas haviam declarado publicamente que a saúde das pessoas era a responsabilidade básica de seus negócios e assumido um compromisso de tinham e teriam sempre uma atuação no sentido de salvaguardar a saúde pública<sup>214</sup>.

Tais declarações acerca da ausência de dados conclusivos eram e são, portanto, fundamentais para a indústria sustentar que nada fazia e faz sobre o problema porque nada indicava e indica "cientificamente" (sic) que o problema realmente existe. Essa postura foi mantida ao longo de décadas<sup>215</sup> e ainda hoje, dissimulada ou expressamente, se mantém.

Portanto, segundo as próprias empresas não havia "estudos conclusivos" e "informações precisas" que pudessem permitir uma "assunção consciente e esclarecida" do consumidor! Ausentes tais informações não se poderia falar em "decisão consciente e esclarecida" relativamente à assunção de risco. A decisão de comercializar produto sem que existissem informações precisas que são pressuposto de uma "assunção consciente e esclarecida" desse risco pela contraparte foi das fabricantes. Ora, essa decisão empresarial era e continua sendo um dos riscos de seu negócio e, portanto, cabe a ela se responsabilizar quando tais riscos se concretizam como danos sobre os usuários de seus produtos.

---

<sup>213</sup> Declaração de Frank J. Welch, "Where the Tobacco Industry stands", março de 1962 (Cordova v. Liggett Group Inc., et al. Cal Super. Ct. 651824, p. 2 (Disponível em <http://www.industrydocumentslibrary.uconn.edu/Tobacco/docs/#id=jndy0059>. Acesso em 20/01/19)

<sup>214</sup> "A frank statement to cigarette smokers", Tobacco Industry Research /committee, 04 de janeiro de 1954 (Disponível em <http://www.industrydocumentslibrary.uconn.edu/Tobacco/docs/#id=qsb0216>. Acesso em 20/01/19)

<sup>215</sup> Assim, por exemplo, nos anos 80 o Tobacco Institute afirma: "claims that cigarettes are addictive contradict common sense ... An escalation of antismoking rhetoric ... without medical or scientific foundation." (The Tobacco Institute, Claims That Cigarettes are Addictive Contradict Common Sense, 1988, 16 May (Minnesota Trial Exhibit 14,384); (Minnesota Plaintiff's Exhibit 22(1), T1 00125189, p189) apud "Tobacco explained: The truth about the Tobacco industry ...in its own words", Organização Mundial de Saúde, p. 20. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019)

Porém, infelizmente, ao que tudo indica a realidade é distinta daquela imagem apresentada pelas fabricantes em seus tradicionais argumentos de defesa<sup>216</sup>, ela é, em verdade, o oposto: Alguém sabia sobre os riscos e malefícios do cigarro:

“É simplesmente incorreto dizer que ‘não há prova científica de que fumar causa malefícios à saúde’”<sup>217</sup>.

“a produção [pelo tabagismo] do efisema não pode ser negada”<sup>218</sup>,

“Fumar é um hábito viciante atribuído à nicotina e a forma da nicotina afeta o índice de absorção pelo fumante”<sup>219</sup>,

---

<sup>216</sup> A conclusão de que a realidade parece desmentir os argumentos utilizados em defesa da indústria de tabaco é, infelizmente, algo recorrente. Assim, por exemplo, a afirmação realizada por Teresa Ancona Lopez (op. Cit., p. 58) de que “a fabricação de cigarros ou charutos é extremamente segura e não põe em risco nem os operários, nem as pessoas do meio social” é rebatido por fatos como os relativos ao crescimento das notificações acerca da chamada “doença da folha verde” causada pela superexposição à nicotina a qual são submetidos os produtores da folha de tabaco (Ver: “Ministério da Saúde adotará medidas contra a doença da folha verde” (disponível em <https://www.anamt.org.br/portal/2018/10/15/ministerio-da-saude-adotara-medidas-contr-a-doenca-da-folha-verde/>. Acesso em 20/01/2019) e Ministério da Saúde, Coordenação Geral de Doenças e Agravos Não Transmissíveis – CGDANT. Doença da folha verde do tabaco (disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/dicas/204\\_doenca\\_folha\\_verde.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/dicas/204_doenca_folha_verde.html). Acesso em 20/01/19).

<sup>217</sup> DUPUIS, R. N.; MACE, C.V. “Brief comments on a program to produce a low delivery filter cigarette with flavor”, 25 de julho de 1958 (Disponível em <http://www.industrydocumentslibrary.uConstituiçãoFederal.edu/Tobacco/docs/#id=gqxj0191>. Acesso em 20/01/19).

<sup>218</sup> WAKEHAM, H. FAGAN, R. “Auerbach’s Smoking Beagles”, 25 de fevereiro de 1970 ((Disponível em <http://www.industrydocumentslibrary.uConstituiçãoFederal.edu/Tobacco/docs/#id=spgh0108>. Acesso em 20/01/19). “We believe that the Auerbach work proves beyond all reasonable doubt that fresh whole cigarette smoke is carcinogenic to dog lungs and therefore it is highly likely that it is carcinogenic to human lungs ... the results of the research would appear to us to remove the controversy regarding the causation of the majority of human lung cancer ... to sum up we are of the opinion that the Auerbach’s work proves beyond reasonable doubt the causation of lung cancer by smoke.” (34 (Gallaher, 1970) Gallaher Limited, Re, Auerbach/Hammond Beagle Experiment, 1970, 3 April apud Tobacco explained: The truth about the Tobacco industry ...in its own words”, Organização Mundial de Saúde, p. 8. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019).

<sup>219</sup> GLANTZ, S., SLADE, J., BERO, L., HANAUER, P., BARNES, D. (British American Tobacco, R&D Conference, Montreal, Proceedings, 1967, 24 October, The Cigarette Papers, University of California Press, 1996, Document Number 1165.01).

E quem sabia realizou grandes esforços para que ninguém mais soubesse disso. O resumo dessa história é que os fabricantes sabiam mais do que diziam saber e os consumidores desconheciam mais do que supunham desconhecer<sup>220</sup>.

As fabricantes sabiam tanto dos danos causados pelo cigarro quanto do potencial aditivo da nicotina. Buscaram, sempre, a) intensificar esse poder viciante e b) manter tal elemento essencial do risco de fumar, o efeito viciante, sob sigilo.

5.c. A demonstração da “fabricação” do vício e a desconstrução do argumento calcado no “livre arbítrio”

O debate sobre a possibilidade ou não de se alegar, como excludente de responsabilidade das empresas, a “culpa exclusiva da vítima” não pode ser feita contornando um dado inquestionável: a nicotina presente no cigarro é uma droga que causa dependência<sup>221</sup>.

E causa essa dependência rapidamente, pois evidências científicas tem demonstrado que tendo o cérebro humano altas concentrações de receptores de nicotina, o número desses receptores

---

<sup>220</sup> Se trata aqui de diferenciar situações nas quais “se sabe que não se sabe”, como o caso do conhecimento sobre a relação entre câncer e consumo de cigarro (na qual ainda que os consumidores saibam que cigarro causa câncer, sabem que não sabem como esse câncer é causado) e aquelas nas quais “não se sabe que não se sabe”, como o caso da relação entre o poder viciante da nicotina e o *design* do cigarro (os consumidores ignoram completamente que o desenho do cigarro tem impacto na atuação da nicotina sobre o corpo do fumante). Nessa última situação, por óbvio, o grau de desconhecimento é muito maior e, portanto, qualquer decisão que se tome é qualquer coisa menos uma “decisão consciente e esclarecida”.

<sup>221</sup> A nicotina presente no cigarro tem índices relacionados à capacidade de adição (vício) superiores do que o da cocaína e a heroína (“Addictiveness and Attractiveness of Tobacco Additives”, Scientific Committee on Emerging and Newly Identified Health Risks, Directorate C: Public Health and Risk Assessment, European Commission, 2010, p. 15. Disponível em [https://www.who.int/fctc/treaty\\_instruments/SCENIHR.pdf](https://www.who.int/fctc/treaty_instruments/SCENIHR.pdf). Acesso em 05/02/19). Nesse mesmo sentido já em março de 1988 um Comitê Científico do Governo britânico sentenciava: “Over the past decade there has been increasing recognition that underlying smoking behaviour and its remarkable intractability to change is addiction to the drug nicotine. Nicotine has been shown to have effects on brain dopamine systems similar to those of drugs such as heroin and cocaine.” (Report of the Scientific Committee on Tobacco and Health (1998), UK Government, Department of Health, 1998, March. Para 130, p. 23 apud “Tobacco explained: The truth about the Tobacco industry ...in its own words”, Organização Mundial de Saúde, p. 16. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019)

sofre um aumento logo no dia seguinte ao primeiro uso de cigarro, bastando um dia para o cérebro se modificar em resposta a primeira dose de nicotina<sup>222</sup>.

Essa rápida adesão cerebral torna a tentativa de parar de fumar ou mesmo de redução da ingestão uma tarefa significativamente difícil e dolorosa levando, na esmagadora maioria dos casos, ao seu fracasso:

Withdrawal from smoking can be observed as causing irritability, difficulty in concentrating, anxiety, restlessness, increased hunger, depression and a pronounced craving for tobacco. The fact that this can be attributed to nicotine, rather than behavioural aspects of tobacco use is shown by the consistent finding that withdrawal symptoms are relieved by nicotine replacement (patches, gum etc) but not by a placebo (patches, gum etc that do not contain nicotine)<sup>223</sup>

Mas essa é uma informação que os cientistas que trabalhavam para as empresas fabricantes de cigarro já detinham desde pelo menos os anos 60 do século XX, tanto assim definiram a atividade empresarial de seus contratantes como o "negócio de administração de nicotina":

"It may be useful, therefore, to look at the tobacco industry as if for a large part its business is the administration of nicotine (in the clinical sense)."<sup>224</sup>

---

<sup>222</sup> BREWELL, M. et. All. "Evidence that Tobacco smoking increases the density of 3(H) nicotine binding sites in human brain. *Journal of Neurochemistry*, Londres, vol. 50, 1998, pp. 1243-1247.

<sup>223</sup> I. P. Stoleman, M. J. Jarvis, *The Scientific Case That Nicotine is Addictive*. *Psychopharmacology*, 1995, 117:2 2-10 apud "Tobacco explained: The truth about the Tobacco industry ...in its own words", Organização Mundial de Saúde, p. 16. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019.

<sup>224</sup> S. Green, Note to Mr. D.S.F Hobson, 1967, 2 March apud "Tobacco explained: The truth about the Tobacco industry ...in its own words", Organização Mundial de Saúde, p. 17. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019)



O vice-presidente da área de Pesquisa e Desenvolvimento da Philip Morris tinha a mesma percepção como se pode notar de sua afirmação de que

"the primary motivation for smoking is to obtain the pharmacological effect of nicotine. In the past, we at R&D have said that we're not in the cigarette business, we're in the smoke business. It might be more pointed to observe that the cigarette is the vehicle of smoke, smoke is the vehicle of nicotine, and nicotine is the agent of a pleasurable body response."<sup>225</sup>

Portanto, O "negócio de vender nicotina" não é o negócio de vender tabaco, assim como o negócio de vender heroína não é o negócio de vender papoula. O produto não é cigarro, o cigarro é o pacote, é o instrumento, o produto é nicotina:

"The cigarette should be conceived not as a product but as a package. The product is nicotine ... Think of the cigarette pack as a storage container for a day's supply of nicotine ... Think of a cigarette as a dispenser for a dose unit of nicotine. Think of a puff of smoke as the vehicle of nicotine ... Smoke is beyond question the most optimised vehicle of nicotine and the cigarette the most optimised dispenser of smoke."<sup>226</sup>

E para quem está no "negócio" de fornecer nicotina, não há negócio se não há "produto". As empresas de cigarro não vendem "cigarros", mas "nicotina" e, portanto, se negam terminantemente a fabricar cigarros sem nicotina ou com nicotina em quantidades que permitam aos fumantes não

---

<sup>225</sup> Philip Morris Vice President for Research and Development, *Why One Smokes, First Draft, 1969*, Autumn (Minnesota Trial Exhibit 3681) apud "Tobacco explained: The truth about the Tobacco industry ...in its own words", Organização Mundial de Saúde, p. 17. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019).

<sup>226</sup> W. Dunn. *Motives and Incentives in Cigarette Smoking*, Philip Morris Research Centre, 1971, (Minnesota Trial Exhibit) apud "Tobacco explained: The truth about the Tobacco industry ...in its own words", Organização Mundial de Saúde, p. 18. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019.

desenvolver adição, pois isso implicaria a possibilidade de abandonar o "hábito" (sic) de fumar por intermédio do livre arbítrio. Mas, nesse caso, o verdadeiro livre arbítrio seria péssimo para o verdadeiro negócio: vender produtos que causam dependência física e, portanto, tem público "cativo" (no sentido literal da palavra, isto é, "escravizado"). Eis porque não tomam a decisão de reduzir a nicotina para abaixo da dose limiar ou de vender cigarros sem nicotina:

"If, as proposed, nicotine is the sine qua non of smoking, and if we meekly accept the allegations of our critics and move toward reduction or elimination of nicotine in our products, then we shall eventually liquidate our business. If we intend to remain in business and our business is the manufacture and sale of dosage forms of nicotine, then at some point we must make a stand."<sup>227</sup>

Afinal, não há como manter um volume imenso de ganhos a não ser com uma mercadoria que produz imensa dependência química:

"We also think that consideration should be given to the hypothesis that the high profits additionally associated with the tobacco industry are directly related to the fact that the customer is dependent upon the product. (...) Looked at another way, it does not follow that future alternative 'Product X' would sustain a profit level above most other product/business activities unless, like tobacco, it was associated with dependence."<sup>228</sup>

---

<sup>227</sup> RJ Reynolds document quoted in Report of Special Master: Findings of Fact, Conclusions of Law and Recommendations Regarding Non-Liggett Privilege Claims, Minnesota Trial Court File Number C1-94-8565, 1998, 8 March, (Minnesota Plaintiff's Exhibit 43 (1), RJR 500915683, p. 688) apud "Tobacco explained: The truth about the Tobacco industry ...in its own words", Organização Mundial de Saúde, p. 18. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>, Consultado em 10/01/2019.

<sup>228</sup> British American Tobacco, Key Areas for Product Innovation Over the Next 10 Years, 1979, Minnesota Trial Exhibit 11,283 apud "Tobacco explained: The truth about the Tobacco industry ...in its own words", Organização Mundial de Saúde, p. 19. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019.



Ninguém foi mais preciso na definição do negócio de fabricar e vender cigarros do que Addison Yeaman, advogado contratado pela Brown & Williamson :

"Nicotine is addictive. We are, then, in the business of selling nicotine, an addictive drug",<sup>229</sup>

Mas se nicotina causa dependência química então o argumento calcado no livre arbítrio restaria mortalmente prejudicado, não? Certamente.

Essa é uma conclusão óbvia e disso sempre souberam até mesmo os advogados contratados pelas empresas fabricantes de cigarro, como demonstra, por exemplo, esse comunicado de advogado de uma delas:

"Addiction - Some emphasis is now being placed in the habit-forming capacities of cigarette smoke. To some extent the argument revolving around "free choice" is being negated on the grounds of addiction. The threat is that this argument will increase significantly and lead to further restrictions on product specifications and greater danger in litigation."<sup>230</sup>.

Não por outro motivo esse tópico foi sempre muito combatido pelas instituições criadas pelas empresas para articular os argumentos de defesa da atividade, pois sua aceitação afetaria mortalmente a base sobre a qual se sustentava toda a estratégia do setor, como resta claro e inequívoco pela leitura de memorando de circulação interna do Tobacco Institute:

---

<sup>229</sup> A. Yeaman, Implications of Battelle Hippo 1 & 11 and the Griffith Filter, 1963, 17 July, Memo (S. Glantz, J. Slade, L. Bero, P. Hanauer, D. Barnes, The Cigarette Papers, University of California Press, 1996, Document Number 1802.05.

<sup>230</sup> Brown & Williamson, Ernest Pepples, Memo to J. Blalock, 1973, 14 February apud "Tobacco explained: The truth about the Tobacco industry ...in its own words", Organização Mundial de Saúde, p. 18. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019.

"...the entire matter of addiction is the most potent weapon a prosecuting attorney can have in a lung cancer/cigarette case. We can't defend continued smoking as 'free choice' if the person was 'addicted'."<sup>231</sup>

A impossibilidade de se falar em livre arbítrio nessa situação é resumida pela declaração de S. J. Green pesquisador contratado pela British American Tobacco:

"It has been suggested that cigarette smoking is the most addictive drug. Certainly large numbers of people will continue to smoke because they can't give it up. If they could they would do so. They can no longer be said to make an adult choice."<sup>232</sup>

É curioso, para dizer o mínimo, que, mesmo diante de evidências produzidas por cientistas contratados pelas fabricantes de cigarro, essas mesmas empresas, em suas declarações públicas, manifestam que "entendem que todas as pessoas são capazes de fumar"<sup>233</sup>. Qual o valor dessa "crença" como excludente de responsabilidade diante do volume de "evidências" apresentadas<sup>234</sup>? Certamente nenhum<sup>235</sup>.

---

<sup>231</sup> Memo from Knopick to Kloepper, Tobacco Institute, 1980, 9 September, Minnesota Trial Exhibit 14,303 apud "Tobacco explained: The truth about the Tobacco industry ...in its own words", Organização Mundial de Saúde, p. 15. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019.

<sup>232</sup> Transcript of Note By SJ Green, 1980, 1 January apud "Tobacco explained: The truth about the Tobacco industry ...in its own words", Organização Mundial de Saúde, p. 19. Disponível em <https://www.who.int/Tobacco/media/en/TobaccoExplained.pdf>. Consultado em 10/01/2019.

<sup>233</sup> "Saúde", documento produzido por Souza Cruz Ltda (disponível em [http://www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU\\_AG6LVH.nsf/vwPagesWebLive/DOAGFL6P?opendocument](http://www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU_AG6LVH.nsf/vwPagesWebLive/DOAGFL6P?opendocument). Acesso em 05/02/19)

<sup>234</sup> Sobre a questão da manipulação do mercado e os efeitos dela sobre a tomada de decisões dos consumidores ver: HANSON, J.; KYSAR, D., "Taking behaviouralism seriously: The problem of market manipulation", 1999, 74 New York University Law Review, 630 e "Taking behaviouralism seriously: Some evidence of market manipulation", 1999, 112 Harvard Law Review, 1420.

<sup>235</sup> Sobre a inaplicabilidade do argumento acerca da "culpa exclusiva da vítima" ver BARBOSA, Fernanda Nunes; ANDREIS, Mônica. "O argumento da culpa da vítima como excludente da responsabilidade civil da indústria do cigarro: proposta de reflexão". Revista do Direito do Consumidor, n. 82, abr./jun., 2012, p. 60.

**§ 6º – Dos danos indenizáveis e as formas de reparação: o âmbito individual (danos patrimoniais da União) e o âmbito coletivo (danos à saúde dos fumantes ativos e passivos e danos aos não-fumantes usuários do SUS em razão da sobrecarga do sistema e os danos extrapatrimoniais difusos/dano moral coletivo/dano social)**

Uma vez demonstrada a responsabilidade das empresas fabricantes passamos ao ponto relativo aos danos indenizáveis e nele abordaremos a possibilidade jurídica e a legitimidade da União relativamente ao pedido de reparação dos danos individuais (relativos aos gastos realizados por ela, por intermédio do SUS, com o tratamento médico das vítimas), coletivos (relativos à saúde de fumantes e não-fumantes usuários do SUS) e dos danos difusos (relativos à agressão à qualidade de vida e à produtividade da população em geral) decorrentes da atividade da atividade econômica das empresas-rés.

6.a. O âmbito “individual”: dano patrimonial da União (custos com a prevenção e o tratamento do tabagismo e o custo das doenças causadas pelo tabagismo)

Em relação ao fato de que há distinção entre as vítimas dos dois primeiros danos (fumantes e não-fumantes usuários do SUS/sociedade como um todo) e a vítima do último (a União) é importante destacar que isso acontece porque há aqui situação na qual o interesse jurídico agredido, de titularidade de uma pessoa (direito à saúde do sujeito A é agredido) gera, de forma direta, o prejuízo de outra pessoa (o tratamento de saúde de A é pago por B), ou seja, o prejuízo de B é decorrente da lesão sofrida por A. No presente caso o dano extrapatrimonial sofrido pelos fumantes (dano-evento) é causa direta do dano patrimonial sofrido pela União (dano-prejuízo)<sup>236</sup>.

---

<sup>236</sup> É a chamada distinção entre dano-evento e dano-prejuízo (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. “Perdas e danos”, in: “Obrigações”, LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore. São Paulo: Atlas, 2011, p. 655).



É o que ocorre no presente caso no qual a União, ao custear o tratamento do tabagismo ou das doenças desenvolvidas pelos fumantes como resultado do tabagismo, acaba por realizar a reparação *in natura* do dano à saúde sofrido por aqueles<sup>237</sup>.

O custeio do tratamento decorrente da doença causada pelo fabricante configura "dano patrimonial" sofrido pelo consumidor do produto. A União quando, por intermédio do SUS, realiza o tratamento faz incidir o disposto no art. 934 do CC/02<sup>238</sup>, ou seja, surge para a União a possibilidade de reaver do causador do dano o valor pago com o tratamento dado à vítima. Tal tratamento trata-se de ressarcimento *in natura*, ou seja, o dano ressarcido pelo União foi aquele descrito no art. 949, CC/02<sup>239</sup>; as despesas com o tratamento<sup>240</sup>.

Não há nada em nosso sistema jurídico que impeça que danos extrapatrimoniais sofridos pelos usuários do produto seja causa de dano patrimonial sofrido pela União, pois o efeito da ação/omissão dos fabricantes, qual seja o dano sofrido pelos consumidores é causa de outro efeito, o dano patrimonial sofrido pela União. Mário Moacyr Porto já nos anos 80 do século XX, criticando o equívoco de confundir causa e efeito, assim se manifestava:

"A verdade é a seguinte: se a causa do prejuízo material foi uma razão de ordem moral, nem por isso o dano deixa de ser material, e, como tal, deve ser ressarcido."<sup>241</sup>

---

<sup>237</sup> Tal reparação *in natura* não se limita a situações envolvendo danos patrimoniais como se pode observar, por exemplo, no pedido de desculpas ou publicação de esclarecimento imposto em razão de dano à honra/reputação da vítima (Nesse sentido MARINO, op. cit., p. 660). No presente caso a reparação *in natura* (tratamento médico) visa recompor o *status quo ante* da forma a eliminar os efeitos nocivos da substância consumida sobre o corpo do usuário. Sobre reparação *in natura* ver: Pontes de Miranda, Tratado, Vol. 5, § 5510.

<sup>238</sup> "Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz".

<sup>239</sup> "No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento(...)"

<sup>240</sup> Trata-se aqui de situação análoga ao do segurador que após ressarcir o segurado ajuíza ação contra o autor do dano.

<sup>241</sup> "Dano moral", in: "Temas de responsabilidade civil", Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, p. 33 (originalmente publicado em Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 590, dez. 1984, pp. 37-40)

De acordo com Aguiar Dias, a distinção entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais "não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como moral em resultado de ofensa a bem material"<sup>242</sup>.

Trata-se aqui de um interesse próprio (da União) derivado de dano sofrido por terceiro (consumidores de tabaco), ou mais especificamente de um "dano por ricochete":

"O dano por ricochete consiste na repercussão de um dano sofrido por outra pessoa. Em outras palavras, o dano por ricochete é aquele que tem por fato gerador a lesão ao interesse de uma terceira pessoa; é uma consequência do evento danoso. Trata-se aqui, também, de um interesse próprio."<sup>243</sup>

Mazeaud, Mazeaud e Tunc, ao comentarem regra do direito francês semelhante a existente no direito brasileiro<sup>244</sup>, esclarecem muito bem o que seja dano por ricochete, bem como o direito de ação que assiste a pessoa que experimenta prejuízo econômico "em consequência do dano sofrido pela vítima inicial", assim segundo esses autores, tal ação depende da concorrência dos seguintes requisitos: 1) certeza do prejuízo; 2) legitimidade do interesse lesado; 3) relação de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e os prejuízos que, por via reflexa, os atingiu. Nesse caso, "os atingidos por ricochete agem por conta própria e não em nome da vítima para o ressarcimento dos prejuízos pessoais que sofreram. As suas ações são inteiramente diversas das ações atribuídas à vítima inicial ou a seus herdeiros"<sup>245</sup>.

<sup>242</sup> DIAS, José de Aguiar. "Responsabilidade Civil", vol. II, p. 852.

<sup>243</sup> SEVERO, Sérgio. "Os danos extrapatrimoniais", Editora Saraiva, São Paulo, 1996, pp. 22-23. Tais danos por ricochete podem, segundo Sérgio Severo, se manifestar de várias maneiras como, por exemplo, na situação em que o dano patrimonial – o custo do tratamento médico – é resultante de um dano extrapatrimonial – lesão à saúde (op. cit., p. 39).

<sup>244</sup> Os termos do art. 1.060 do Código Civil/16 e do art. 403/CC/02 foram vazados com conteúdo idêntico ao disposto no art. 1.151 do Código Civil francês.

<sup>245</sup> "Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile", 5.ª ed. v. 2/812, n. 1.873.

Outra norma a autorizar a União a ingressar com a referida ação é o já referido art. 931, CC/02. Assim a opinião de autores que afirmam que os consumidores em suas ações de responsabilização dos fabricantes não podem alegar a incidência do referido dispositivo legal que somente poderia ser utilizado “quando não conseguimos detectar no pólos dessa relação de um lado o consumidor e do outro o fornecedor, mas, de certa forma, tivermos um acidente causado por produto posto em circulação no mercado de consumo”, nesse caso, “deverão os empresários individuais ou as empresas que o fabricaram, responder objetivamente pelos danos”<sup>246</sup>. O exemplo dado pela autora é ilustrativo:

“É o caso do fornecedor de matéria-prima, como legumes ou carnes, para a indústria de alimentos. Caso algum desses ingredientes esteja deteriorado, o produto manufaturado vai conter microorganismos que poderão causar doenças, até graves, nos consumidores finais. Esses pedirão sua reparação à fábrica de alimentos com fundamento no CDC mas, segundo o artigo 931 do CC/02, a indústria alimentícia, em ação de regresso, acionará o fornecedor da matéria-prima com fundamento na teoria objetiva”<sup>247</sup>.

Da mesma forma a União depois de reparar danos resultantes do consumo dos produtos fabricados pelas rés – arcando com o tratamento médico das doenças resultantes do tabagismo - ingressará com ação regressiva contra essas empresas (responsáveis pelo projeto, fabricação e comercialização do produto).

Trata-se, como visto anteriormente neste parecer, de medida semelhante à adotada pela União frente às operadoras de saúde, qual seja, ação com pedido ressarcitório frente às fabricantes de

---

<sup>246</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. “Nexo causal e produtos potencialmente nocivos – a experiência brasileira do tabaco”, Quartier Latin, São Paulo, 2008, p. 50. Também Sérgio Cavalieri Filho apresenta exemplo de uso do art. 931, CC/02 para demonstrar sua atuação como justificativa em ação de regresso (Programa de Responsabilidade Civil, 7ª ed., Atlas, São Paulo, 2007, pp. 167-170.

<sup>247</sup> Op. cit., loc. cit.

cigarro, com vistas a tornar indene o sujeito que repara dano causado por outrem e, simultaneamente, impedir o enriquecimento sem causa daquele que, ao causar dano por meio de sua atividade empresarial, resta com os bônus dessa atividade sem internalizar os ônus decorrentes da mesma. Trata-se, portanto, da aplicação de normas basilares de responsabilidade civil, no caso em tela os artigos 934<sup>248</sup> e 949<sup>249</sup> ambos do CC/02 e de vedação ao enriquecimento sem causa, no caso em tela o artigo 884<sup>250</sup>, do CC/02.

Mas o fato de os consumidores terem tido tratamento de lesões à saúde junto ao SUS não significa que tenham tido todos seus danos “reparados”, uma vez que mesmo com o tratamento médico mantém-se danos que necessitam ser “compensados”, pois não são passíveis de reparação *in natura*, ou seja, não cessam de existir com o tratamento médico. Assim, em futuras ações individuais, não admitir a persistência, por exemplo, dos danos psíquicos decorrentes da adição desenvolvida pelo tabagismo seria desconsiderar o princípio da reparação integral<sup>251</sup>.

6.b. O âmbito coletivo: Os danos individuais homogêneos dos fumantes ativos e passivos, os danos coletivos aos usuários do SUS em razão da sobrecarga do sistema e o dano moral coletivo sofrido pela sociedade como um todo

Quanto aos danos individuais homogêneos há que se considerar não apenas os danos à saúde na perspectiva das diversas doenças causadas pelo tabagismo, mas, principalmente, o tabagismo como doença e, portanto, como “dano em si”.

---

<sup>248</sup> “Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz”.

<sup>249</sup> “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento(...)”

<sup>250</sup> “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

<sup>251</sup> Nesse sentido manifestou-se o Min. Paulo de Tarso Sanseverino no Recurso Especial 959565/SP (julgado pela Terceira Turma em 04 de maio de 2011): “As duas formas de reparação (natural e pecuniária) não são excludentes entre si, pois deve-se respeitar ao princípio da reparação integral, que estava implícito na norma do art. 159 do CÓDIGO CIVIL/16 e, atualmente, está expresso no art. 944 do CÓDIGO CIVIL/2002.”

Sobre a consideração da **dependência química como dano** cabe destacar que no processo *Létoruneau*<sup>252</sup>, que tratou do tema no âmbito da jurisdição canadense, levou-se a julgamento, entre outras, a seguinte questão:

“As rés conscientemente puseram no mercado um produto que cria dependência e decidiram não empregar um nível de nicotina suficiente baixo que poderia permitir que uma grande parte da população de fumantes se livrasse da dependência?”<sup>253</sup>

Nesse processo, o tribunal canadense rejeitou a estratégia das empresas rés, no sentido de que o diagnóstico de dependência só pode ser verificado caso a caso, mediante o exame individual do paciente. Os julgadores entenderam que a dependência química é um fenômeno bio-comportamental e, nessa medida, pode ser verificada no seio de uma população como uma epidemia. Dessa forma, a dependência pôde ser objeto de ação coletiva. Como a dependência decorre dos efeitos da nicotina sobre o cérebro e provoca efeitos sobre a liberdade da pessoa afetando-lhe o direito à inviolabilidade pessoal o tribunal canadense entendeu que a dependência da nicotina é um dano em si que serve de causa à responsabilidade civil dos fabricantes de cigarro<sup>254</sup>.

---

<sup>252</sup> Processo 500-06-00070-983: Cécilia L'Étourneau vs. JTI McDonald Corp., Imperial Tobacco Canada Limited e Rothmans, Benson & Hedges Inc.

<sup>253</sup> Processo 500-06-00070-983: Cécilia L'Étourneau vs. JTI McDonald Corp., Imperial Tobacco Canada Limited e Rothmans, Benson & Hedges Inc.

<sup>254</sup> No cenário norte-americano Donald Garner (“Cigarette dependency and civil liability: a modest proposal”. *Southern California Law Review*, vol. 53 (1979/80) defende essa tese. Na Itália Lucia Di Costanzo (“I prodotti da fumo: responsabilità e regolamentazione”, *Rassegna di Diritto Civile*, 2/2004. P. 454), sustenta que “I recenti sviluppi della *Tobacco litigation* americana, ove è stato individuata una nuova fattispecie di pregiudizio - ‘il dano da dipendenza come danno biologico’ - costituisce un importante passo nella direzione dello spostamento dell’attenzione dal comportamento del fumatore (*assumption of risk*) a quello dei produttori”. O arranjo normativo brasileiro permite, em nossa opinião, o mesmo enquadramento da “dependência química” como dano à saúde produzido pelo fabricante do produto.

Não nos parece que exista qualquer óbice no direito brasileiro à realização desse mesmo raciocínio, senão vejamos:

Mesmo que o cigarro não causasse nenhum outro efeito lesivo ao consumidor senão a síndrome de dependência, essa já poderia ser considerada um dano uma vez que tornar alguém "viciado" é, indubitavelmente, lesar seu direito à liberdade. E o argumento do consentimento para tal lesão é insustentável porque a ninguém é permitido renunciar de forma absoluta a esse direito fundamental a ponto de tornar-se, voluntariamente, escravo de outrem razão pela qual o Código Civil 2002 ao tratar dos direitos de personalidade, no qual se insere o direito de liberdade, estabelece em seu art. 11 que "com exceção dos casos previstos em lei", algo que não há nessa hipótese, "os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária".

Além das doenças resultantes do tabagismo entre elas, mas não exclusivamente, a adição/síndrome de dependência<sup>255</sup>, as diversas neoplasias malignas (entre elas, mas não exclusivamente, o câncer de pulmão), as doenças pulmonares obstrutivas crônicas, tais como o enfisema pulmonar ou a bronquite crônica, deve ser considerado dano todo **sofrimento físico e psíquico** resultante da dependência química quanto das demais doenças resultantes do tabagismo.

Tanto a produção de dependência química quanto à produção de outras doenças resultantes ao conjunto de usuários podem ser considerados danos extrapatrimoniais difusos, uma vez que não afetam apenas aos fumantes, pois ao impactar todo o funcionamento do Sistema Único de Saúde afetam a qualidade do atendimento dado à população em geral e ao impactar uma massa de pessoas expostas aos efeitos lesivos causados pelo cigarro – seja pelo consumo direto, seja pela exposição à fumaça – afetam a universo indeterminado de pessoas prejudicando-lhes a saúde e

---

<sup>255</sup> A Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados com a Saúde (CID-10) considera o fumante como portador da síndrome de dependência, patologia caracterizada como *transtorno mental e comportamental devido ao uso de fumo* (CID 10: F17.2)

a produtividade afetando, portanto, "a sociedade como um todo, rebaixando a qualidade de vida da população" o que leva a possibilidade de enquadrar tais efeitos como "dano social"<sup>256</sup>/ "dano moral coletivo"<sup>257</sup>

Quanto ao dano extrapatrimonial difuso/dano moral coletivo/dano difuso temos que segundo a jurisprudência do STJ ele se configura quando há lesão à sentimentos e valores caros à sociedade, como os relativos à proteção do meio-ambiente e do consumidor.

A admissão da existência de sentimentos coletivos e, por consequência, sofrimentos coletivos está na base do argumento realizado pela Ministra Eliana Calmon quando do julgamento, pela Segunda Turma, do Recurso Especial 1057274/RS em 01 de dezembro de 2009 nos autos da Ação Pública movida pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul movida contra empresa de transporte público municipal sob a alegação de que a exigência do cadastramento de idosos maiores de 65 anos como requisito para a fruição do benefício da gratuidade era indevida e havia causado dano moral coletivo à categoria.

O Tribunal Estadual do Rio Grande do Sul embora concordando que o cadastramento não poderia ser exigido afastou a ideia de que o mesmo tivesse causado danos morais coletivos sustentando que "o dissabor experimentado pelos usuários do transporte gratuito (...) não configura abalo moral, mas tão somente incômodo pelo entrave burocrático para a concretização de um direito".<sup>258</sup>

---

<sup>256</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. " Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social", Revista Trimestral de Direito Civil, v. 19, jul.set., 2004, Rio de Janeiro: Padma, pp. 214-216)

<sup>257</sup> Segundo Carlos Alberto Bittar Filho o dano moral coletivo "é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial" (Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 12, p. 44-62, out./dez. 1994).

<sup>258</sup> Recurso Especial 1057274/RS, Relatório, p. 2.

O Ministério Público em suas razões de recurso sustentou que "para aferição do dano coletivo se mostra impertinente qualquer digressão afeta à dor psicológica, angústia ou outro sentimento de desvalia, porquanto tais variáveis somente são possíveis de ponderação quando em análise a pessoa humana considerada em sua individualidade, o que não se confunde com o caso dos autos" no qual "presumível (...) o sofrimento de desvalia e indignidade que cada um dos idosos foi alvo ao ter que se submeter às indevidas exigências da recorrida, o que torna prescindível qualquer discussão probatória acerca do efetivo prejuízo"<sup>259</sup>.

Em seu voto a Ministra Eliana Calmon irá admitir a existência de danos morais coletivos e a possibilidade de presumi-los justificando sua posição com argumentos que apelam à finalidade do Direito e ao alcance do conceito de "direito de personalidade".

Para a Ministra Relatora a possibilidade de presunção da existência de danos morais coletivos em certas situações se faz necessária pois "a lesão aos interesses de massa não podem ficar sem reparação, sob pena de criar-se litigiosidade contida que levará ao fracasso do Direito como forma de prevenir e reparar conflitos sociais"<sup>260</sup>.

Além disso, segundo a Ministra Relatora, os danos morais coletivos nada mais são do que a lesão a "direitos de personalidade de grupo ou coletividade enquanto realidade massificada"<sup>261</sup>, ou seja, considera que "a existência do dano extrapatrimonial coletivo pode ser examinado e mensurado, tendo-se em consideração os requisitos de configuração do dano moral individual"<sup>262</sup>, pois, obviamente, tem por base o mesmo fenômeno: a lesão a um direito de personalidade.

Se se admite que a violação do direito à saúde individual, como no caso de lesões

<sup>259</sup>Recurso Especial 1057274/RS, Relatório, pp. 2-3.

<sup>260</sup>Recurso Especial 1057274/RS, Voto da Ministra Relatora Eliana Calmon, p. 7.

<sup>261</sup>Recurso Especial 1057274/RS, Voto da Ministra Relatora Eliana Calmon, p. 9.

<sup>262</sup>Recurso Especial 1057274/RS, Voto da Ministra Relatora Eliana Calmon, p. 11.

corporais graves, implica, evidentemente, um sofrimento, uma angústia experimentada pelo indivíduo vítima da ação lesiva, como não admitir que a ocorrência de uma violação ao direito ao meio ambiente, compreendido como manifestação social/coletiva daquele direito de personalidade<sup>263</sup>, implica também um sofrimento igualmente social e coletivo? Nas palavras da Relatora:

“Isso não importa exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação tal qual fosse um indivíduo isolado. Estas decorrem do sentimento coletivo de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à idéia do coletivo.”<sup>264</sup>

Assim, a exigência de cadastramento para possibilitar aos idosos a fruição do direito à gratuidade implicava, na opinião da Ministra, em evidente criação de constrangimentos e dificuldades que corporificam um dano extrapatrimonial coletivo na perspectiva dos direitos dos consumidores. Mas, no caso concreto, ainda que tivesse reconhecido ser “descabida a exigência das empresas de transporte urbano de cadastrarem os idosos para usufruto do benefício do passe livre” e corporificar “flagrante violação do art. 39, § 1º da Lei 10741/2003”<sup>265</sup> a Ministra concluiu que “não é injurídica a conduta da empresa”, pois “visava evitar fraudes e quantificar a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de prestação de serviços de transporte”<sup>266</sup>. Assim não haveria ilicitude na violação da regra, pois essa conduta teria sido realizada com boas intenções. Ou seja, não haveria a possibilidade de se condenar a empresa ao pagamento de danos morais coletivos porque seria “uma demasia punir a empresa impondo-lhe indenização por dano moral, muito

<sup>263</sup>No voto da Min. Relatora Eliana Calmon encontra-se a seguinte passagem: “Com efeito, os direitos de personalidade manifestam-se como uma categoria histórica, por serem mutáveis no tempo e no espaço. O direito de personalidade é uma categoria que foi idealizada para satisfazer exigências da tutela da pessoa, que são determinadas pelas contínuas mutações das relações sociais, o que implica a sua conceituação como categoria apta a receber novas instâncias sociais. (Constituição Federal. LEITE, José Rubens Morato. Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 287) (Recurso Especial 1057274/RS, p. 8)

<sup>264</sup>Recurso Especial 1057274/RS, Voto da Ministra Relatora Eliana Calmon, p. 11.

<sup>265</sup>A Lei 10741/2003 conhecida como o Estatuto do Idoso estabelece em seu art. 39, § 1º que “aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.”

<sup>266</sup>Recurso Especial 1057274/RS, Voto da Ministra Relatora Eliana Calmon, p. 9.

embora seja reprovável a exigência de cadastrar os idosos para auferirem um direito que lhes está assegurado independentemente de qualquer providência"<sup>267</sup>.

Mas tomado o caso em tela neste parecer e identificando-se que as decisões das empresas foram, entre outras, a de manipular o produto para ampliar-lhe a capacidade de adição e manipular as informações de forma a impedir que chegassem ao consumidor informações claras e precisas sobre os riscos a que esse estaria exposto, não se pode ter dúvida quanto à existência de conduta reprovável e, claramente, antijurídica. No caso em análise neste parecer é indubitável que a violações aos direitos de personalidade de um grupo permitem seja identificada a existência de dano moral coletivo de ampla "repercussão social".

A análise da repercussão social, funda-se na ideia de que certos ilícitos configuram maior afronta aos valores da comunidade do que outros. Assim, no julgamento do Recurso Especial 1221756/RJ, em 02 de fevereiro de 2012, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferido nos autos da Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra o Banco Itaú, é possível ler, no voto do Ministro Relator Massami Uyeda, que "nem todo ato ilícito se revela como afronta aos valores de uma comunidade"<sup>268</sup>.

Para que isso ocorra "é preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva."<sup>269</sup>. É necessário que "implique na sensação de repulsa coletiva a ato intolerável"<sup>270</sup>.

Assim foi entendido o fato da ausência de atendimento prioritário para gestantes, idosos e

---

<sup>267</sup>Recurso Especial 1057274/RS, voto da Ministra Relatora Eliana Calmon, p. 10.

<sup>268</sup>Recurso Especial 1221756/RJ, voto do Ministro Relator Massami Uyeda, p. 8.

<sup>269</sup>Recurso Especial 1221756/RJ, voto do Ministro Relator Massami Uyeda, p. 8.

<sup>270</sup>Recurso Especial 1221756/RJ, voto do Ministro Relator Massami Uyeda, p. 8.

deficientes físicos em andar térreo de agência bancária; em caso julgado pelo STJ entendeu o Ministro Relator ser "indubitável a ocorrência de dano moral coletivo, apto a gerar indenização. *Data venia*, sob qualquer fundamento, não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, como as gestantes, à situação desgastante de subir, exatos 23 (vinte e três) degraus (...)." <sup>271</sup>

E o que dizer da atitude contínua de empresas que corporificam uma afronta deliberada ao direito à saúde e à informação dos consumidores com efeitos extremamente deletérios nas finanças públicas (custeio do Sistema único de Saúde), da qualidade de vida da população (sobrecarga do Sistema único de Saúde e redução da saúde pessoal dos indivíduos expostos direta e indiretamente ao produto), produtividade do setor privado (redução da capacidade laborativa dos empregados/funcionários de empresas) e no debate público (manipulação de informações fundamentais para a discussão pública sobre os efeitos sócioeconômicos da produção e comercialização do produto)?

Quer nos parecer que a atitude das fabricantes de cigarros ao omitirem dolosamente a apresentação de informações corretas, claras, por elas conhecidas e fidedignas sobre o efeito viciante de seus produtos constitui intolerável afronta ao sistema jurídico brasileiro, pois coloca em xeque o elemento central ao correto e adequado funcionamento do mercado de consumo: o direito de escolha livre e esclarecida do consumidor. Tal direito tem sua centralidade reafirmada em recentes decisões do STJ. Assim, por exemplo, nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1515895 / MS <sup>272</sup> reconheceu-se que;

"O direito à informação está relacionado com a liberdade de escolha daquele que consome, direito básico previsto no inciso II do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor e vinculado à correta, fidedigna e satisfatória informação sobre os produtos

---

<sup>271</sup> Recurso Especial 1221756/RJ, voto do Ministro Relator Massami Uyeda, p. 8.

<sup>272</sup> Julgado em 20 de setembro de 2017.

e os serviços postos no mercado de consumo. A autodeterminação do consumidor depende essencialmente da informação que lhe é transmitida, pois é um dos meios de formar a opinião e produzir a tomada de decisão daquele que consome. Logo, se a informação é adequada, o consumidor age com mais consciência; se a informação é falsa, inexistente, incompleta ou omissa, retira-se-lhe a liberdade de escolha consciente (...). Na relação de consumo, o polo que possui pleno conhecimento do produto oferecido – quer por tê-lo produzido, quer por manter vínculo com seu processo de fabricação ou distribuição –, também é o responsável por prestar ao pólo vulnerável ou hipervulnerável (que desconhece todo esse processo) o necessário esclarecimento para que este possa tomar atitude consciente diante do produto posto à venda no mercado: adquiri-lo ou rechaçá-lo.<sup>273</sup>

Dai porque tratando-se de informações no mercado de consumo afirma a decisão não é suficiente, não é “válida” (sic) “a ‘meia informação’ ou a ‘informação incompleta’”. Também não é suficiente oferecer a informação, pois é preciso saber transmiti-la, já que mesmo a informação completa e verdadeira pode vir a apresentar deficiência na forma como é exteriorizada ou recebida pelo consumidor sobre riscos do produto<sup>274</sup>.

Ao se tratar de decisões que afetam a saúde do consumidor, “não se pode [se] contentar com o *standard mínimo* e sim com o *standard* mais completo possível<sup>275</sup>.”

<sup>273</sup> ERESP 1515895/MS, pp. 12-13.

<sup>274</sup> ERESP 1515895/MS, p. 13.

<sup>275</sup> ERESP 1515895/MS, p. 14. A Min. Nancy Andrighi ao se manifestar sobre o incentivo e a facilitação, pelos fornecedores de cigarros, da obstrução das mensagens/imagens de advertência presentes nas embalagens de seus produtos entendeu que os consumidores de cigarro também devem ser considerados hipervulneráveis por força dos efeitos aditivos do produto. Em razão disso, em seu voto a referida Ministra consignou ser tal prática uma ofensa à lealdade e a boa-fé objetiva entendidos como valores fundamentais da sociedade e, portanto, constituir-se como atitude “intolerável e capaz de provocar repulsa e indignação na consciência coletiva, haja vista consistir em manifesto abuso à condição de hipervulnerabilidade do consumidor cativo do produto fumígeno objeto da publicidade, capaz, portanto, de ensejar a condenação em danos morais coletivos, como forma de ressarcir, punir e inibir a lesão causada à coletividade” (Recurso Especial 1703077/SP, julgado pela Terceira Turma em 11 de dezembro de 2018).

A violação a esse direito, principalmente quando realizada de forma dolosa com vistas a fraudar a confiança do consumidor merece ser alvo de sanção que sirva de desestímulo à manutenção dessa estratégia empresarial tanto pelas empresas alvo da demanda como de exemplo para que semelhante atitude empresarial cesse ou não se estabeleça em outros setores. A sanção que o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo cabível nessas hipóteses é a condenação dos réus ao pagamento de valores significativos à título de danos morais coletivos.

Em caso no qual o referido Tribunal Superior identificou conduta de fornecedor com potencialidade de induzir os consumidores a realizar decisões equivocadas seja pela ausência objetiva de informações adequadas seja pela presença de comportamento fraudulento reiterado<sup>276</sup> do fornecedor, entendeu estar presente, *in re ipsa*, o **dano moral coletivo**<sup>277</sup> e, por essa razão, condenou a ré a pagar significativo montante a esse título, senão vejamos:

#### RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS MORAIS COLETIVOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES DE CUIABÁ. INFIDELIDADE DE BANDEIRA.

<sup>276</sup> Sobre a reiteração de conduta antijurídica como variável relevante para a fixação da condenação ao pagamento de danos morais coletivos trata também o Agravo Interno no Recurso Especial 1726986/MG no qual se ementou que o “STJ entende que o dano moral coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, bem como que tal dano moral é cabível quando ultrapassa os limites do tolerável e atinge, efetivamente, valores coletivos” e se estabelece que tal situação teria sido constatada pela Corte de origem uma vez que teria ficado “evidenciada a postura recalcitrante das recorrentes, que, ao menos desde 2005, vêm se esquivando, intencionalmente, de atender aos ditames da lei municipal”. Diante disso, o Min. Relator Herman Benjamin consigna que “tal conduta, a meu sentir, tem o condão de ocasionar dano moral coletivo, porquanto ultrapassado os limites de tolerância, afetando valores das pessoas que habitam a urbe. Importante assinalar que o que se está a reprovar não é eventual inadequação do nível de radiação emitido pelos equipamentos de telefonia celular - matéria, como já exposto, estranha a esta lide -, e nem o mal que tal situação poderia causar à saúde da população, mas, sim, o intencional e destemido descumprimento das leis municipais pelas apelantes - conduta capaz de ensejar o abalo moral coletivo e o consequente dever de reparação” (Julgado pela Segunda Turma em 06 de novembro de 2018).

<sup>277</sup> Trata-se em realidade de verdadeiro “dano difuso” uma vez que se está diante de agressão ao direito à saúde de um conjunto indeterminado de pessoas que ainda que embora não ligadas entre si por um vínculo jurídico estão ligadas em razão de “dados de fatos genéricos e contingentes, acidentais e mutáveis, como habitar na mesma região, consumir iguais produtos, em determinadas circunstâncias sócio-econômicas, submeter-se a particulares empreendimentos”, conforme Ada Pellegrini Grinover (“Ações coletivas para a tutela do meio ambiente e dos consumidores (Lei 747, de 24/07/85), *Ajuris*, vol. 36, pp. 8-9.). Esse dano difuso de caráter extrapatrimonial – em razão de configurar lesão à direito de personalidade – também é denominado de “dano social”.

FRAUDE EM OFERTA OU PUBLICIDADE ENGANOSA PRATICADAS POR REVENDEDOR DE COMBUSTÍVEL. 1. O dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despcienda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral. (...) 4. A relevância da transparência nas relações de consumo, observados o princípio da boa-fé objetiva e o necessário equilíbrio entre consumidores e fornecedores, reclama a inibição e a repressão dos objetivos mal disfarçados de esperteza, lucro fácil e imposição de prejuízo à parte vulnerável. (...) 6. (...) Importante destacar, outrossim, que a tipicidade das condutas não reclama a efetiva indução do consumidor em erro, donde se extrai a evidente intolerabilidade da lesão ao direito transindividual da coletividade ludibriada, não informada adequadamente ou exposta à oferta fraudulenta ou à publicidade enganosa ou abusiva. (...) 8. A intolerabilidade da conduta é extraída, outrossim, da constatada recalcitrância do fornecedor que, ainda em 2007 (ano do ajuizamento da ação civil pública), persistia com a conduta de desrespeito aos direitos de escolha e de adequada informação do consumidor, ignorando o conteúdo valorativo da autuação levada a efeito pela agência reguladora em 2004. 9. A quantificação do **dano moral coletivo** reclama o exame das peculiaridades de cada caso concreto, observando-se a relevância do interesse transindividual lesado, a gravidade e a repercussão da lesão, a situação econômica do ofensor, o proveito obtido com a conduta ilícita, o grau da culpa ou do dolo (se presentes), a verificação da reincidência e o grau de reprovabilidade social. (...) (sublinhamos)"<sup>278</sup>

E a "persistência no erro", isto é, a insistência em manter atitude de contínua violação e resistência à adequação ao padrão legal – como a das fabricantes de cigarro relativamente ao fornecimento adequado de informações sobre seus produtos - é também um fato que merece ser alvo da sanção de condenação ao pagamento de danos morais coletivos, como já demonstrado na decisão do

---

<sup>278</sup> Recurso Especial 1487046 / MT, julgado em 28/03/2017, Quarta Turma, Min. Relator Luís Felipe Salomão.

Agravo Interno no Recurso Especial 1726986 / MG<sup>279</sup> no qual ficou decidido que:

Tendo ficado evidenciada "a postura recalcitrante das recorrentes, que, ao menos desde 2005, vêm se esquivando, intencionalmente, de atender aos ditames da lei municipal", teria tal conduta, na opinião da Corte, "o condão de ocasionar dano moral coletivo, porquanto ultrapassado os limites de tolerância, afetando valores das pessoas que habitam a urbe. Importante assinalar que o que se está a reprovar não é eventual inadequação do nível de radiação emitido pelos equipamentos de telefonia celular - matéria, como já exposto, estranha a esta lide -, e nem o mal que tal situação poderia causar à saúde da população, mas, sim, o intencional e destemido descumprimento das leis municipais pelas apelantes - conduta capaz de ensejar o abalo moral coletivo e o conseqüente dever de reparação".

Nesses casos poderia a alegação sobre a "licitude" da fabricação/comercialização do produto servir como argumento exculpante? Diante do que se pode colher em uma das mais recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça envolvendo danos morais coletivos a resposta é "não".

Assim, no caso do Recurso Especial 1367923/RJ<sup>280</sup> no qual se discutia a possibilidade de condenar ao pagamento de danos morais coletivos ou difusos determinada indústria pela fabricação de produto lícito cujo armazenamento configura "existência de evidente ameaça de danos à sociedade"<sup>281</sup> a referida Turma admitiu essa condenação mantendo a decisão do tribunal estadual que havia afastado a sentença de primeiro grau que indeferia o ressarcimento. A citação do trecho do acórdão do Tribunal Estadual do Rio de Janeiro presente no voto do Min. Relator Humberto Martins é reveladora do tipo de raciocínio que, ao que tudo indica, ampara a decisão:

---

<sup>279</sup> Julgado em 06/11/2018 pela Segunda Turma.

<sup>280</sup> Julgado em 27 de agosto de 2013 pela Segunda Turma.

<sup>281</sup> Recurso Especial 1367923/RJ, Relatório, p. 3.



“Destaque-se, por serem importantes, as pertinentes notícias da mídia jornalística trazida pela parte autora. Tal se constitui em prova inconteste em perfeita consonância com todo o objeto probatório, a **revelar a gravidade do problema ambiental** pela opção política de **ainda ser permitido em solo brasileiro tal atividade empresarial que abastece grande parte do mercado mundial, restando para nós tão somente o lucro privado e o imenso passivo ambiental, este 'socializado' a exigir atuação efetiva dos órgãos de fiscalização, sabidamente débeis em país periférico** como o Brasil de hoje – mergulhado na doutrina neo-liberal e que o interesse público quase sempre sucumbe diante da gama incontrolável de interesses alienígena e corporativos. (...) Sobre o tema, dada a sua relativa novidade no mundo jurídico, apresento algumas considerações **a respeito do chamado dano moral coletivo ou difuso, cuja fundamentação, segundo entendo, não deve se restringir ao que vai na Lei tão somente, mas, sobretudo nos comandos constitucionais normativos e principiológicos**, estes que se configura no próprio fundamento de validade de toda a chamada construção legislativa infra-constitucional. (...) Acrescento que **tal modalidade de reparação atende o Primado da reparação do dano moral por ameaça à paz e saúde da sociedade (ou parte dela)(...)**”

Tais danos morais “coletivos” (sic) se configuram quando interesses fundamentais da sociedade como um todo são afrontados de forma grave o suficiente “para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva”<sup>282</sup> e para tanto basta, por vezes, que a comunidade em questão reste por força de violação à interesse transindividual exposta à riscos intoleráveis, conforme se depreende de decisão recente do Superior Tribunal de Justiça que admitiu a condenação ao pagamento de danos morais coletivos quando a omissão da ré levou determinada comunidade a ficar “exposta aos riscos decorrentes

---

<sup>282</sup> RESP 1221756/RJ, Rel. Massami Uyeda, 3 T, v.u., 02/02/12.

do não reposicionamento dos cabos de telefonia, que ficou ao alcance dos transeuntes que circulavam no local".<sup>283</sup>

E não se diga que se trata aqui de violação homogênea de vários direitos individuais distintos (conduta una de violação ao direito à saúde de inúmeras pessoas distintas), pois o que temos aqui é que a atitude desrespeitosa das fabricantes de cigarros para com o direito à saúde envolve uma violação desse direito tanto em sua faceta individual homogênea como em sua faceta social, pois afeta não somente a saúde de fumantes ativos e passivos, mas afeta o direito à saúde daqueles que se servem do atendimento de um Sistema Único de Saúde sobrecarregado por força dos efeitos maléficos produzidos pelos produtos dessas fabricantes, trata-se portanto de, por intermédio da condenação ao pagamento de verba correspondente ao dano moral coletivo/dano extrapatrimonial difuso, fazer frente à necessidade não apenas da proteção individual, pessoal, particular deste ou daquele consumidor lesado, mas da proteção coletiva dos consumidores, considerada em sua dimensão comunitária e impessoal, pois tais posições individuais passam quando "consideradas em sua projeção coletiva passam a ter significado de ampliação transcendental, de resultado maior que a simples soma das posições individuais"<sup>284</sup>. Tal posição, além de continuamente referendada pelo STJ<sup>285</sup>, também o foi pelo STF<sup>286</sup>.

---

<sup>283</sup> AgInt no AREsp 426382 / RJ, julgado por unanimidade em 23 de outubro de 2018 pela Primeira Turma.

<sup>284</sup> Recurso Especial 855165/GO, julgado pela Terceira Turma em 13 de março de 2008.

<sup>285</sup> Recurso Especial 1586515/RS, julgado em 22/05/2018 pela Terceira Turma. Nesse julgamento o Superior Tribunal de Justiça discutia se o vício de quantidade no produto vendido pelo fornecedor caracterizava apenas dano individual homogêneo ou se tal violação de direitos individuais, por sua repercussão social, também poderia ser concebida como causadora de danos morais coletivos. E, conforme se vê pela própria ementa, foi essa última orientação que acabou sendo consolidada: "O interesse individual homogêneo é um direito individual que acidentalmente se torna coletivo e, pois, indisponível, quando transcender a esfera de interesses puramente particulares, envolvendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação importa à comunidade como um todo. (...) In casu, os interesses tutelados na presente ação civil pública atingem a universalidade dos potenciais consumidores dos produtos da recorrente, e não apenas casos pontuais nos quais verificada a discrepância entre a quantidade de sardinha e a informação constante na embalagem, e o interesse individual homogêneo tutelado na presente ação refere-se aos deveres de confiança, boa-fé e informação, intrínsecos à relação consumerista, que possuem relevância social e potencial de afligir os valores fundamentais da proteção ao consumidor".

<sup>286</sup> Em 29 de outubro de 2014, no RE 631111/GO, o Pleno do STF, em repercussão geral, estabeleceu que "a lesão desses interesses individuais acaba não apenas atingindo a esfera jurídica dos titulares do direito individualmente considerados, mas também comprometendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas."

E especificamente tratando do tema que aqui se discute – informação sobre a dependência química causada pelo cigarro - possui o STJ precedente no qual não apenas admitiu: a) que se trata de tema que transborda da questão individual uma vez que “o bem jurídico a ser protegido é o direito que tem e tinham os fumantes e ex-fumantes (...) de serem informados da provocação dessa dependência”, ressaltando que “na hipótese de ser verdadeira a configuração dessa dependência, ressalta a mais não poder serem **graves as repercussões na comunidade** que possam ser provocadas pela potencialidade lesiva de não ter sido feito o alerta de que o produto **nicotina** causa dependência, do que decorre um manifesto interesse social evidenciado pela dimensão do dano que pode ser causado<sup>287</sup>; como b) assentou que é a fabricante que deve provar que tal substância não causa dependência, pois “é evidente que a ré/recorrente [fabricante] está muito mais apta a provar que a nicotina não causa dependência do que a autora/recorrida [vítima] provar que ela causa<sup>288</sup>.

Essa inversão do ônus da prova estabelecida pelo precedente do STJ é compatível com a noção de causalidade decorrente do quadro normativo aplicável conforme demonstrado anteriormente neste parecer, pois o que tal mandamento normativo exige, não é a demonstração cabal e indubitável de que a lesão à direito tenha sido provocada exclusivamente pelo uso ou consumo do produto, mas apenas a demonstração de que essa lesão é um efeito que possa ser atribuído com adequada probabilidade ao produto posto em circulação. De forma que sempre que exista indicio de que a causa provável do dano é atribuível ao produto o juiz deverá deduzir como presente o nexo causal cabendo ao fabricante a prova liberatória. Temos aqui que a relação de causalidade será estabelecida epidemiologicamente<sup>289</sup>, isto é, não se investiga se a vítima desenvolveu a doença por causa exclusiva do produto, mas se os resultados de pesquisas envolvendo aquela substância tóxica apontam para uma alta ou baixa probabilidade de desenvolvimento de doença em pessoas, ou seja, se há causalidade epidemiológica. Este deve ser o parâmetro para que o

<sup>287</sup> Recurso Especial 140097/SP julgado pela Quarta Turma em 11 de setembro de 2000, p. 5.

<sup>288</sup> Recurso Especial 140097/SP julgado pela Quarta Turma em 11 de setembro de 2000, p. 7.

<sup>289</sup> HAACK, Susan. Proving causation: The weight of combined evidence, in: Evidence Matters: Science, proof and truth in the Law”, Nova Iorque: Cambridge University Press, 2014, loc.cit.

juiz possa medir o risco da vítima, sempre considerando, ademais, os níveis de contaminação e sua influência no aparecimento da doença.

E uma vez estabelecida essa probabilidade a indenização, a ser paga a um fundo coletivo, deverá ser proporcional ao risco criado, afinal, se estará reparando por um fato *ex post* (dano efetivamente ocorrido) em referência a um dado *ex ante* (o risco criado pelo réu), isto é, o risco de que o dano ocorresse). O trabalho mental do juiz no momento de fixar valor indenizatório relativamente à criação de risco de desenvolvimento de doença deve ser o seguinte. Primeiro, o juiz deve decidir de quanto seria a indenização (exemplo, custo de tratamento) caso a doença já tivesse se desenvolvido. Depois, aferindo o risco de que ela efetivamente possa ocorrer, deve multiplicar o valor deste risco pelo montante indenizatório inicialmente encontrado. Isso dará o valor indenizatório para a criação de risco de desenvolvimento futuro de doença. Assim, se para o câncer efetivamente desenvolvido como causa da exposição ao asbesto a indenização fosse de R\$300.000,00 (custo total do tratamento) e o risco criado de que aquela doença se desenvolva no futuro foi de 50%, então, seria indenizado em R\$150.000,00 (custo parcial do tratamento).

Essa diretriz está em consonância com uma das grandes preocupações relativamente às demandas para fazer com que aquele que opta por explorar atividades que envolvam substâncias perigosas a custo de saúde humana, internalize os custos negativos de sua atividade. Andrew R. Klein externa sua preocupação com esta delicada questão, ao expor:

“The lack of tort law action in the enhanced risk arena leads to a concern about underdeterrence – in other words, entities are engaging in activities that undoubtedly lead to costs in terms of human health, but the law may not force these entities to internalize the full costs of their activities”<sup>290</sup>.

---

<sup>290</sup> “A lacuna na responsabilidade civil no que tange à criação de risco de doença futura preocupa pela falta de desestímulo ao ofensor – em outras palavras, empresas exploram atividades que indubitavelmente envolvem custos em termos de saúde humana, mas o direito não força estas entidades a internalizar todos os custos de suas



Aqui está claro que a melhor estratégia para contemplar o problema dos danos coletivos/difusos causados pelos cigarros está na destinação dos valores indenizatórios a um fundo coletivo, seja ele o Fundo Nacional de Saúde ou um Fundo criado pela decisão com finalidade exclusiva de receber tais valores e direcionar esses recursos para políticas de prevenção e tratamento do tabagismo e das doenças por ele causadas. Esse fundo deverá ser composto pelos valores relativos às condenações das fabricantes estabelecidos com base na proporção de contribuição de cada uma das fabricantes para o dano, o que pode ser estabelecido pelo dimensionamento da margem de mercado por elas detido ao longo do tempo (*Market share*).

A maioria das doenças derivadas do cigarro podem ter sido causada pelo consumo de mais de uma marca de cigarros fabricada por indústrias diferentes. Há aqui a situação na qual ainda que se saiba que dentro do grupo de fabricantes certamente se encontra o(s) causador(es) do(s) dano(s), mas não se sabe precisar, de forma específica, que participante causou cada um dos danos. Trata-se da situação na qual se afirma é propícia a aplicação da chamada causalidade suposta ou coletiva<sup>291</sup>. Com base nessa teoria e diante dessa situação de co-autoria se poderia estabelecer que a incidência das regras art. 942, caput<sup>292</sup> e parágrafo único do CC/02<sup>293</sup> impõe a distribuição da responsabilidade de cada empresa na medida de sua participação no mercado de cigarros, ou seja, a imputação de sua responsabilidade decorre da proporção que os produtos que colocou no mercado ocupam na preferência dos consumidores.

Mas ainda restaria estabelecer o *quantum* a ser pago relativamente ao ressarcimento dos custos de tratamento de cada doença e relativamente a compensação pelos danos morais coletivos

---

atividades" (tradução). KLEIN, Andrew R. A model for enhanced risk recovery in tort. *Washington & Lee Law Review*, v. 56, 1999. p. 19-20.

<sup>291</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. "Principes fondamentaux de la responsabilité civile em droit brésilien et compare". Cours fait à la Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur, (datilografado), p. 77. MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. "A responsabilidade civil e a causalidade alternativa". In: "Temas de responsabilidade civil" MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012, p. 88. DELLA GIUSTINA, Vasco. "Responsabilidade civil do grupos", Rio de Janeiro:Aide, 1991, p. 155. DIAZ, Julio Alberto. "Responsabilidade coletiva", Belo Horizonte:Del Rey, 1998, p. 158.

<sup>292</sup> "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"

<sup>293</sup> "São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932"

resultantes da imposição dessa lesão ao direito à saúde como direito extrapatrimonial. Aqui a fixação do *quantum* a pagar por cada dano também seria proporcional, mas neste particular, proporcional ao risco vinculado ao surgimento de cada uma das doenças resultantes do tabagismo, senão vejamos:

Tem-se aqui que a imputação da responsabilidade se dá com base na demonstração de causalidade epidemiológica – há probabilidade relevante entre o ato de consumo do produto e o dano à saúde – e a fixação do montante a ser pago será proporcional a parcela de risco criado para cada doença. Temos, portanto, uma solução para a imputação da responsabilidade em casos de danos massivos cuja a causalidade é fixada por meio de cálculo estatístico na qual fixa-se o montante a ser pago pelo responsável com base no valor do dano sofrido pela vítima multiplicado pela probabilidade da causalidade. Assim a responsabilidade esperada pelo réu será igual a proporção da probabilidade do dano causado: se há uma probabilidade de 90% do câncer de pulmão ter sido causado pelo tabagismo o fabricante pagará 90% do total de gastos com esse tratamento. Note-se que o valor pago aqui seria igual ao pago se, por exemplo, num universo de 100 casos a empresa tivesse que pagar os gastos dos 90 casos em que a doença certamente ocorreu em razão do consumo do produto.

A vantagem dessa abordagem está em criar o incentivo correto para que os fabricantes incorporem a externalidade negativa de sua atuação apenas dentro do limite do esperado e, portanto, terão o incentivo adequado para tomar decisões racionais acerca da prevenção ou redução desses danos:

“Since under the proportional approach injurers face expected liability equal to the expected losses they cause, injurers will behave as they would in the absence of uncertainty over causation. Thus injurers will be led to take optimal care under liability

rules, to make desirable decisions about engaging in activities under strict liability, and so forth."<sup>294</sup>

Essa forma de fixação do valor a ser pago tem a vantagem, inclusive, de respeitar a diretriz de equidade na participação de custeio da Seguridade Social inscrita no art. 194, parágrafo único, V, da Constituição Federal<sup>295</sup>. Ora, impor a quem causa o dano à saúde o dever de compensar o Estado pelos gastos dispendidos com o tratamento desse dano parece obedecer ao objetivo de equidade.

Para instrumentalizar tal solução se faz necessário: a) tanto a condenação das fabricantes a pagar uma indenização relativa aos "danos individuais" já sofridos pela União relativamente aos gastos dispendidos com prevenção e tratamento do tabagismo e das doenças por ele causadas, bem como uma indenização relativa aos danos "morais coletivos/extrapatrimoniais difusos" já sofridos por toda sociedade, além da condenação ao pagamento de b) indenização relativa aos danos que ainda serão produzidos – tanto os danos patrimoniais relativamente aos gastos que ainda serão feitos com prevenção e tratamento como os danos extrapatrimoniais decorrentes do sofrimento que o tabagismo e as doenças por ele causadas ainda produzirão.

Quanto aos primeiros danos, isto é, os danos já consolidados, quer nos parecer que o mais adequado seja o pagamento independente de cada valor (um correspondente ao dano patrimonial sofrido pela União e o outro correspondente ao dano extrapatrimonial difuso sofrido pela Sociedade) em parcela única. O dano patrimonial sofrido pela União poderia ser realizado ao Fundo Nacional de Saúde<sup>296</sup> e o dano extrapatrimonial sofrido pela Sociedade ao Fundo Federal de Direitos Difusos<sup>297</sup>.

---

<sup>294</sup> Steven Shavell, "Economic Analysis of ACódigo Civilident Law", Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1987, p. 116.

<sup>295</sup> Tal regra estabelece que compete ao Poder Público organizar a seguridade social com base em determinados objetivos, dentre eles está enunciado a "equidade na forma de participação do custeio".

<sup>296</sup> Lei 8080/90 e Lei Complementar 141/2012.

<sup>297</sup> Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Dado que as regras do Fundo Nacional de Saúde e do Fundo Federal dos Direitos Difusos podem impedir que tais valores sejam efetivamente destinados ao desenvolvimento de políticas de prevenção e tratamento do tabagismo acreditamos que quanto aos danos contínuos e, neste momento, ainda “futuros”<sup>298</sup> seria recomendável a condenação complementar das fabricantes ao cumprimento de uma obrigação de fazer nos termos do que estabelece o art. 3º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985<sup>299</sup>: a constituição de um Fundo Privado que por meio de suas contribuições financeiras e por intermédio de uma administração com ampla participação e controle social - na qual teriam assento todos os envolvidos/interessados (representantes do SUS, pesquisadores da área da saúde, fabricantes, entidades de defesa dos consumidores, etc.) - teria por objetivo estabelecer as diretrizes para o dispêndio dos valores depositados a fim de financiar tratamentos médicos (relativos à doenças como a síndrome de dependência e o câncer, por exemplo), políticas de esclarecimento sobre os danos do tabagismo, e pesquisas buscando o desenvolvimento de tecnologias de redução de danos em conformidade com o marco legal existente<sup>300</sup>.

---

<sup>298</sup> “O critério para estabelecer o juízo de ‘certeza’ variará conforme se trate de dano atual ou futuro. O dano atual será considerado certo quando a sua existência encontra-se devidamente comprovada. Já o dano futuro será qualificado como certo quando se puder estabelecer um juízo de probabilidade ou de verossimilhança objetiva – certeza relativa, portanto – quanto à sua existência.” (MARINO, Francisco. op. cit., p. 668)

<sup>299</sup> “Inexiste, no Direito brasileiro, norma que restrinja os danos indenizáveis com base no momento de sua verificação, em relação ao marco temporal relevante. Por vezes lê-se que o dano reparável é, ‘em princípio’ ou ‘via de regra’, o dano atual. Esta afirmação não encontra qualquer amparo legal ou mesmo razão lógica. Todos os danos experimentados pelo lesado, sejam eles presentes ou futuros, devem ser ressarcidos, desde que não se trate de danos meramente hipotéticos. A indenização dos danos futuros não é excepcional ou secundária.” (MARINO, Francisco. op. cit., p. 669)

<sup>300</sup> Lei 8080/90 e Lei Complementar 141/2012, Lei Decreto 7508/11, Decreto Presidencial 5658/06 e a Portaria 571/13 do Ministério da Saúde.

### Respostas aos quesitos

1. Quais são os fundamentos constitucionais e infraconstitucionais dos deveres impostos aos fabricantes de cigarro de ressarcir o sistema público de saúde pelos custos sociais causados do tratamento de doenças comprovadamente atribuíveis ao consumo de cigarro?

Há um conjunto de regras presentes no ordenamento jurídico brasileiro à impor que as empresas que dominam o mercado da produção de cigarro e produtos derivados do tabaco (dessa atividade extraindo lucros) sejam obrigadas a arcar com as externalidades negativas e os custos sociais decorrentes desta atividade comercial.

Assim, por exemplo, o artigo 170 da Constituição Federal ao estabelecer que a ordem econômica tem por finalidade “assegurar a todos a existência digna” devendo observância, entre outros, aos princípios da “função social da propriedade”, “defesa do consumidor”, “defesa do meio ambiente” e “redução das desigualdades”, em conjugação com outros imperativos normativos constitucionais e infraconstitucionais (conforme demonstrado no parecer), impõe que o Estado brasileiro tome medidas para que um setor da economia brasileira não possa estruturar o seu negócio de forma a que uma considerável parte dos seus custos sociais sejam transferidos, mediata ou imediatamente, à sociedade e aos serviços públicos.

Num sistema constitucional onde o direito à propriedade tem como pressuposto o cumprimento de sua função social, não se pode admitir uma atividade econômica que não internalize os seus custos sociais. Admitir isso seria aceitar o enriquecimento indevido. Mais do que isso, o enriquecimento em detrimento do direito fundamental à saúde.

O conteúdo do art. 931, CC/02 associada à cláusula geral do art. 927, parágrafo único do CC/02 deixa claro que o fator de imputação geral na responsabilidade objetiva tem como base a consideração sobre a conexão entre danos a direitos de outrem e o âmbito normal de risco da atividade empresarial em questão responsabilidade, segundo a dicção do art. 931, CC/02, decorre apenas da decisão de colocar o produto em circulação e não do fato de conhecer ou não os riscos

(em verdade, colocar o produto no mercado sem saber quais riscos ele cria, especificamente, para os usuários é um risco do empresário e não, por óbvio, do consumidor).

A dimensão dos custos suportados pelo SUS fica evidente a partir da comparação entre a verba total investida em saúde e a estimativa dos gastos do sistema de saúde no atendimento de doenças tabaco-relacionadas. Trata-se de recursos dos quais o Estado não pode abdicar, sob pena de oferta deficiente de outras ações dentro da política pública de saúde e, com isso, proteção insuficiente de todo o feixe de direitos interconectados, dentre os quais destaca-se a proteção integral da criança e adolescente.

O impacto desproporcional e indevido sobre o tratamento desses direitos fundamentais justifica a necessidade de ressarcimento ao SUS. Deste modo, decorre do comando constitucional de promoção do acesso universal e igualitário à saúde a conclusão de que a indústria de tabaco tem um dever de suportar os custos sociais aos quais deu causa ou repassá-los a seus usuários, compensando potenciais prejuízos à coletividade.

2. Quais os fundamentos constitucionais e infraconstitucionais da obrigação do Estado de buscar ressarcimento pelos gastos realizados pelo sistema de público de saúde em decorrência de tratamentos e benefícios relacionados a doenças comprovadamente atribuíveis ao consumo de cigarro?

A Constituição estabeleceu um direito fundamental à saúde. Derivam deste direito uma série de obrigações positivas por parte do Estado. Essas obrigações têm um alto custo orçamentário. Ao ter que arcar com as externalidades do mercado de tabaco, consistentes nos custos decorrentes do tratamento das doenças associadas ao consumo do tabaco, o Estado reduz a sua capacidade de prover adequadamente os serviços de saúde ao restante da população.

Surge, então, uma obrigação legal, derivada do princípio da indisponibilidade do interesse público, de buscar ressarcimento junto aos atores econômicos que se beneficiam do mercado de tabaco, sem internalizarem os custos sociais decorrentes dessa atividade econômica.

Se o Estado não buscar ressarcimento das despesas por ele realizadas com o atendimento e tratamento de doenças comprovadamente atribuíveis ao consumo de cigarro, irá comprometer a prestação de serviços públicos de saúde para o restante dos usuários, inclusive para grupos vulneráveis, como crianças e adolescentes que têm, por determinação do artigo 227 da Constituição Federal, "absoluta prioridade" entre os beneficiários de políticas públicas. Uma eventual omissão do Estado irá violar suas obrigações fundamentais positivas que decorrem diretamente do direito à saúde, tal como estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal.

3. Diante dos compromissos firmados pelo Estado brasileiro em âmbito internacional possui ele dever de impedir, mitigar e/ou buscar ressarcimento pelas externalidades negativas da atividade empresarial de fabricação e comercialização de cigarros?

Essa obrigação de buscar o ressarcimento deriva não apenas das normas constitucionais, mas também da Convenção Quadro para Controle de Tabaco, pelo Brasil ratificada em Quadro em 2006. Para além dos dispositivos que estabelecem responsabilidade civil das empresas fabricantes de cigarros, existe previsão legal específica determinando a possibilidade de exigência de reembolso pelos gastos realizados pela União para tratar doenças resultantes do produto fabricado e comercializado pelas referidas empresas.

Trata-se de decorrência direta do compromisso de compensação previsto no artigo 19 da Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, segundo o qual: "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".

A via jurisdicional é uma das tantas formas de tornar efetivo o mandamento previsto no artigo 19 da Convenção-Quadro, visando à compensação dos custos sociais causados pelas atividades lucrativas das empresas de tabaco.

A promoção do direito à saúde é um interesse público indisponível e, portanto, é impositivo ao Estado brasileiro a tomada de medidas para que os custos sociais, mormente sobre o sistema de saúde nacional, decorrentes da atividade das empresas tabagistas sejam por elas internalizados. Um dos mecanismos que o Estado brasileiro pode/deve utilizar para produzir a internalização

desse custo pelas empresas é a ação de responsabilização das empresas pelos danos coletivos e difusos produzidos por seus produtos.

4. Qual a possibilidade jurídica de responsabilização das empresas fabricantes de cigarros pelos danos coletivos e difusos produzidos por sua atividade?

A indústria do tabaco merece uma atenção especial, quando estamos discutindo a necessidade de ressarcimento pelos malefícios causados por suas atividades. Não se trata de uma simples atividade de risco, mas sim de produção e comercialização de produto que causa adição e malefícios à saúde. Esses não são fatos controversos, ou objeto de disputa. Além de amplamente comprovados por pesquisas científicas, a natureza danosa do consumo do tabaco já foi reconhecida pelo nosso próprio direito.

Conforme disposto pelo artigo 220, parágrafo 4º. da Constituição Federal, "a propaganda comercial de tabaco... conterà, sempre que necessário, advertência sobre seus malefícios". Ou seja, a Constituição de 1988 estabelece que o consumo de tabaco acarreta malefícios.

A manufatura e comercialização de tabaco gera efeitos maléficis à saúde dos seus consumidores. Logo, o dano já está juridicamente presumido. Esse dano direto à saúde das pessoas que consomem cigarros e buscam os serviços públicos de saúde para o tratamento de doenças relacionadas ao tabaco gera um dano reflexo ao patrimônio público pois, como anteriormente demonstrado, a universalidade do direito à saúde reconhecido pela Constituição impõe ao Estado a obrigação de arcar com os custos negativos do mercado de tabaco. Esses gastos desproporcionais com o tratamento de doenças tabaco relacionadas geram uma restrição indevida de recursos para o tratamento dos demais beneficiários do sistema público de saúde (e também com isso contribuem para a violação do direito à saúde dos cidadãos brasileiros).

4.a. A licitude da atividade econômica e o recolhimento de tributos pelas fabricantes de cigarro são obstáculos à responsabilidade das empresas fabricantes de cigarros perante as externalidades negativas de suas atividades?

Nem a licitude da atividade, nem o pagamento de tributos são óbices a imputação de responsabilidade quando da ocorrência de lesões a direitos de terceiros dentro do "âmbito de risco" imputável à determinada atividade econômica.

O conteúdo do art. 931, CC/02 associada à cláusula geral do art. 927, parágrafo único do CC/02 deixa claro que o fator de imputação geral na responsabilidade objetiva tem como base a consideração sobre a conexão entre danos a direitos de outrem e o âmbito normal de risco da atividade empresarial em questão responsabilidade, segundo a dicção do art. 931, CC/02, decorre apenas da decisão de colocar o produto em circulação e não do fato de conhecer ou não os riscos (em verdade, colocar o produto no mercado sem saber quais riscos ele cria, especificamente, para os usuários é um risco do empresário e não, por óbvio, do consumidor).

O fato das atividades de produção, comercialização e consumo do tabaco serem autorizadas pelo direito brasileiro - dentro de determinados parâmetros legais - em nada exime esse setor do mercado de arcar com os custos sociais ou externalidades negativas decorrentes de suas atividades.

O fato de ser a atividade autorizada pelo ordenamento jurídico não a exime de arcar com os custos negativos de sua operação. Em face do reconhecimento jurídico de natureza danosa do tabaco sobre os seres humanos, tanto pela Constituição, como pela Convenção Quadro para o Controle do Tabaco - que tem natureza supralegal conforme reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - é juridicamente imperativo que o mercado de tabaco internalize suas externalidades negativas, pois, senão, teríamos um caso de enriquecimento indevido, às custas do patrimônio público.

Os valores pagos pelos fabricantes a título de imposto não são suficientes para afastar qualquer solicitação de compensação com os gastos feitos pelo Estado com o tratamento de saúde das doenças resultantes do tabagismo. Pela simples razão de que o fundamento desse pagamento não está calcado num dever específico - reparar o dano causado aos usuários - mas em dever geral - o dever fundamental de pagar impostos que, por óbvio, alcança a generalidade dos cidadãos.

4.b. Diante de evidências de que, no Brasil, a SOUZA CRUZ e a PHILIP MORRIS – seguindo orientações de suas matrizes – concorreram para impedir a implementação de medidas de saúde pública recomendadas pela CQCT (como políticas tributárias, criação de espaços livres de fumo, advertências sanitárias nas embalagens e proibição do uso de aditivos) e para promover publicidade ilegal (práticas idênticas àquelas demonstradas pelas empresas matrizes nos EUA), é possível a caracterização do abuso de direito (CC, art. 187), considerando-se os fundamentos da República e os princípios constitucionais, sobretudo os que regem a ordem econômica, bem como o dever imposto pelo art. 2º, § 2º, da Lei Federal nº 8.080/90?

A atuação das empresas na fase industrial tanto a) na criação de desenho de produto que aumenta ventilação e, com isso, a absorção de nicotina e de outras substâncias nocivas que o compõe, como b) na inserção de aditivos (por intermédio de intervenções genéticas no insumo básico do cigarro, isto é, folhas de tabaco ou pela mistura de amônia com vistas a obtenção de vaporização acelerada da nicotina) configuram decisões/ações realizadas com a intenção de obter e intensificar o vício do usuário e assumindo, conscientemente, o risco de causar graves doenças há, indiscutivelmente, dolo direto no primeiro caso e, no mínimo, dolo indireto/eventual no segundo caso.

Portanto há responsabilidade civil tanto por força do que estabelece o art. 146, caput quanto pelo que estabelece o art. 186, caput, ambos do Código Civil de 2002, pois há clara intenção de prejudicar o usuário fazendo com que ele desenvolva síndrome de dependência, portanto, há dolo direto na produção de dano à saúde e há clara assunção voluntária do risco de que tal dependência química leve o usuário, por intermédio do consumo do produto, a desenvolver outras doenças. Havendo, portanto, a intenção de causar dependência química e a assunção do risco de que tal dependência química a certo produto leve o usuário, pelo consumo do produto, a desenvolver certas doenças há ato ilícito e, logo, devem ser os fabricantes responsabilizados nos termos do art. 927, caput, do Código Civil de 2002.

Mas além de manipular o produto de forma a intensificar seu poder viciante e seus efeitos nocivos as fabricantes também manipularam/manipulam o debate público tanto pela omissão intencional de informações sobre composição e efeitos do produto fabricado (efeito aditivo e efeito lesivo),

como pela ação intencional no sentido de ampliar a desinformação sobre os efeitos nocivos do produto fabricado, ambas atitudes sendo suficientes, per se, para produzir responsabilidade subjetiva das fabricantes por ato ilícito nos termos dos arts. 186, CC/02 (dolo).

Todo aquele que no exercício de sua liberdade de iniciativa econômica desenvolve, fabrica e a comercializa produtos que geram adição em seus usuários desvia-se dos fins para os quais esse poder lhe foi concedido, em outras palavras, excede manifestamente os limites impostos pela finalidade econômico-social para a qual tal poder lhe foi concedido. O mesmo ocorre se no exercício dessa liberdade decide não só não reduzir como ampliar tais efeitos aditivos de seu produto. Igualmente configura-se ato ilícito a fabricação desse produto sem o cumprimento dos ditames do art. 2º, §2º, Lei 8080/90, ou seja, sem visar a redução e/ou a eliminação de riscos associados ao seu uso, sejam os riscos relativos ao desenvolvimento de síndrome de dependência pelos usuários, sejam os riscos relativos ao desenvolvimento das várias doenças resultantes do tabagismo. Por essas razões resta indiscutível que, nos termos do art. 187, CC/02 as condutas das empresas neste caso configuram-se como atos ilícitos.

4.c. O livre-arbítrio do consumidor do produto é obstáculos à responsabilidade das empresas fabricantes de cigarros perante as externalidades negativas de suas atividades ou pode, no máximo, gerar mitigações a essa responsabilidade?

O disposto no art. 9º que prevê que para produtos "potencialmente nocivos ou perigosos" a apresentação, pelo fornecedor, de informações a respeito da nocividade e periculosidade não impede "a adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto"

A presença de informação, como fica claro na dicção do art. 9º não impede "a adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto", ou seja, não isenta o fabricante do dever de indenizar. A informação aqui é ônus do fabricante para que possa ter seu produto autorizado a circular, mas ao se desincumbir desse ônus não possui imunidade contra os danos que seu produto nocivo causar. A informação serve para reduzir os danos que pode vir a causar ao incentivar que menos pessoas fumem, mas não o isenta de indenizar os danos que forem resultantes do uso de seu produto.

No cigarro, como já destacamos, o efeito lesivo não é um efeito adverso não desejado, muito pelo contrário: para vender cigarros da maneira que deseja é necessário que o fabricante aumente o grau de dependência que ele produz e o efeito dessas decisões é aumentar o grau de lesividade do produto. Assim, não é possível falar em culpa da vítima porque não há aqui um uso negligente ou inadequado, ou seja, culposo do produto pela vítima. Pelo contrário, a vítima utiliza o produto exatamente como lhe orienta o fabricante. Ressalte-se que as advertências são úteis para que o consumidor não empregue ou utilize o produto de forma inadequada, mas não para isentar o fabricante de responsabilidade por danos decorrentes de características do produto que são resultado único e exclusivo da tomada de decisão do agente econômico, não do consumidor.

Além disso, o uso "adequado" gera adição química no usuário impedindo, por óbvio, que se possa empregar as excludentes relativas ao ato "exclusivo" da vítima, pois esse consumo não é dado por decisão "exclusiva" da vítima, mas por força da "necessidade" biológica imposta pela adição química projetada intencionalmente pela fabricante do produto.

##### 5- Quais são os danos coletivos e difusos que podem ser considerados externalidades negativas da atividade empresarial de fabricação e comercialização do cigarro?

Na presente demanda temos que considerar a presença de espécies distintas de danos que devem ser reparados. Há que se perceber a presença de danos individuais à saúde dos consumidores do produto ("reparados" com a cobertura do tratamento médico das vítimas realizada por meio de gastos da União, por intermédio do SUS), coletivos (relativos aos danos à saúde de fumantes e não-fumantes usuários do SUS, neste último caso devido à "sobrecarga" do serviço produzida pelos gastos com o tratamento do tabagismo e as doenças por ele causadas) e dos danos difusos (relativos à agressão à qualidade de vida e à produtividade da população em geral). Todos esses danos são decorrentes da atividade econômica das empresas-rés.

Em relação ao fato de que há distinção entre as vítimas dos dois primeiros danos (fumantes e não-fumantes usuários do SUS/sociedade como um todo) e a vítima do último (a União) é importante destacar que isso acontece porque há aqui situação na qual o interesse jurídico agredido, de titularidade de uma pessoa (direito à saúde do sujeito A é agredido) gera, de forma direta, o

prejuízo de outra pessoa (o tratamento de saúde de A é pago por B), ou seja, o prejuízo de B é decorrente da lesão sofrida por A.

5.a. Os gastos realizados pelo sistema de seguridade social (saúde, assistência social e previdência) decorrentes de tratamentos e benefícios relacionados ao consumo de tabaco podem ser considerados externalidades negativas decorrentes da atividade empresarial de fabricação e comercialização do cigarro?

No presente caso o dano extrapatrimonial sofrido pelos fumantes (dano-evento) é causa direta do dano patrimonial sofrido pela União (dano-prejuízo). E nesta hipótese não se está a tratar das regras de responsabilidade do fabricante incidentes em razão de danos ao consumidor, mas das regras de responsabilidade do fabricante incidentes em razão de danos à União decorrentes do fato do custeio de tratamento médico de doenças que estão dentro do "âmbito de risco normal" da atividade desempenhada pelo primeiro ter sido realizado pela última. Assim, trata-se não de danos ao consumidor "x" ou "y", mas à União. Não se trata de danos a uma coletividade de consumidores (fumantes) apenas, mas um dano ao mercado consumidor e ao direito à saúde de todo e qualquer cidadão brasileiro afetado pela "indevida transferência" desse custo ao Sistema Único de Saúde.

No presente caso no qual a União, ao custear o tratamento do tabagismo ou das doenças desenvolvidas pelos fumantes como resultado do tabagismo, acaba por realizar a reparação *in natura* do dano à saúde sofrido por aqueles.

O custeio do tratamento decorrente da doença causada pelo fabricante configura "dano patrimonial" sofrido pelo consumidor do produto. A União quando, por intermédio do SUS, realiza o tratamento faz incidir o disposto no art. 934 do CC/02, ou seja, surge para a União a possibilidade de reaver do causador do dano o valor pago com o tratamento dado à vítima. Tal tratamento trata-se de ressarcimento *in natura*, ou seja, o dano ressarcido pelo União foi aquele descrito no art. 949, CC/02: as despesas com o tratamento.

5.b. Os efeitos sociais da dependência química e das doenças relacionadas ao tabagismo sobre o contingente de usuários do produto podem ser considerados externalidades negativas decorrentes da atividade empresarial de fabricação e comercialização do cigarro?

Mas o fato de os consumidores terem tido tratamento de lesões à saúde junto ao SUS não significa que tenham tido todos seus danos "reparados", uma vez que mesmo com o tratamento médico mantêm-se danos que necessitam ser "compensados", pois não são passíveis de reparação *in natura*, ou seja, não cessam de existir com o tratamento médico. Assim, em futuras ações individuais, não admitir a persistência, por exemplo, dos danos psíquicos decorrentes da adição desenvolvida pelo tabagismo seria desconsiderar o princípio da reparação integral<sup>301</sup>.

Quanto aos danos individuais homogêneos há que se considerar não apenas os danos à saúde na perspectiva das diversas doenças causadas pelo tabagismo, mas, principalmente, o tabagismo como doença e, portanto, como "dano em si".

Mesmo que o cigarro não causasse nenhum outro efeito lesivo ao consumidor senão a síndrome de dependência, essa já poderia ser considerada um dano uma vez que tornar alguém "viciado" é, indubitavelmente, lesar seu direito à liberdade. E o argumento do consentimento para tal lesão é insustentável porque a ninguém é permitido renunciar de forma absoluta a esse direito fundamental a ponto de tornar-se, voluntariamente, escravo de outrem razão pela qual o Código Civil ao tratar dos direitos de personalidade, no qual se insere o direito de liberdade, estabelece em seu art. 11 que "com exceção dos casos previstos em lei", algo que não há nessa hipótese, "os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária".

---

<sup>301</sup> Nesse sentido manifestou-se o Min. Paulo de Tarso Sanseverino no Recurso Especial 959565/SP (julgado pela Terceira Turma em 04 de maio de 2011): "As duas formas de reparação (natural e pecuniária) não são excludentes entre si, pois deve-se respeito ao princípio da reparação integral, que estava implícito na norma do art. 159 do CÓDIGO CIVIL/16 e, atualmente, está expresso no art. 944 do CÓDIGO CIVIL/2002."

Além das doenças resultantes do tabagismo entre elas, mas não exclusivamente, a adição/síndrome de dependência, as diversas neoplasias malignas (entre elas, mas não exclusivamente, o câncer de pulmão), as doenças pulmonares obstrutivas crônicas, tais como o enfisema pulmonar ou a bronquite crônica, deve ser considerado dano todo **sofrimento físico e psíquico** resultante da dependência química quanto das demais doenças resultantes do tabagismo.

Tanto a produção de dependência química quanto à produção de outras doenças resultantes ao conjunto de usuários podem ser considerados danos extrapatrimoniais difusos, uma vez que não afetam apenas aos fumantes, pois ao impactar todo o funcionamento do Sistema Único de Saúde afetam a qualidade do atendimento dado à população em geral e ao impactar uma massa de pessoas expostas aos efeitos lesivos causados pelo cigarro – seja pelo consumo direto, seja pela exposição à fumaça – afetam a universo indeterminado de pessoas prejudicando-lhes a saúde e a produtividade afetando, portanto, “a sociedade como um todo, rebaixando a qualidade de vida da população” o que leva a possibilidade de enquadrar tais efeitos como “dano social” / “dano moral coletivo”.

Assim, a atitude das fabricantes de cigarros ao omitirem dolosamente a apresentação de informações corretas, claras, por elas conhecidas e fidedignas sobre o efeito viciante de seus produtos constitui intolerável afronta ao sistema jurídico brasileiro, pois coloca em xeque o elemento central ao correto e adequado funcionamento do mercado de consumo: o direito de escolha livre e esclarecida do consumidor. A violação a esse direito, principalmente quando realizada de forma dolosa com vistas a fraudar a confiança do consumidor merece ser alvo de sanção que sirva de desestímulo à manutenção dessa estratégia empresarial tanto pelas empresas alvo da demanda como de exemplo para que semelhante atitude empresarial cesse ou não se estabeleça em outros setores. A sanção cabível nessas hipóteses é a condenação dos réus ao pagamento de valores significativos à título de danos morais coletivos.

6. Seria possível a criação, por força de condenação no âmbito de Ação Civil Pública, de Fundo Patrimonial Específico para Prevenção e Tratamento do Tabagismo a ser custeado continuamente pelas fabricantes e comerciantes de cigarros e administrado de forma coletiva?

Para instrumentalizar tal solução se faz necessário: a) tanto a condenação das fabricantes a pagar uma indenização relativa aos "danos individuais" já sofridos pela União relativamente aos gastos despendidos com prevenção e tratamento do tabagismo e das doenças por ele causadas, bem como uma indenização relativa aos danos "morais coletivos/extrapatrimoniais difusos" já sofridos por toda sociedade, além da condenação ao pagamento de b) indenização relativa aos danos que ainda serão produzidos – tanto os danos patrimoniais relativamente aos gastos que ainda serão feitos com prevenção e tratamento como os danos extrapatrimoniais decorrentes do sofrimento que o tabagismo e as doenças por ele causadas ainda produzirão .

Quanto aos primeiros danos, isto é, os danos já consolidados, quer nos parecer que o mais adequado seja o pagamento independente de cada valor (um correspondente ao dano patrimonial sofrido pela União e o outro correspondente ao dano extrapatrimonial difuso sofrido pela Sociedade) em parcela única. O dano patrimonial sofrido pela União poderia ser realizado ao Fundo Nacional de Saúde e o dano extrapatrimonial sofrido pela Sociedade ao Fundo Federal de Direitos Difusos.

Dado que as regras do Fundo Nacional de Saúde e do Fundo Federal dos Direitos Difusos podem impedir que tais valores sejam efetivamente destinados ao desenvolvimento de políticas de prevenção e tratamento do tabagismo acreditamos que quanto aos danos contínuos e, neste momento, ainda "futuros" seria recomendável a condenação complementar das fabricantes ao cumprimento de uma obrigação de fazer nos termos do que estabelece o art. 3º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985: a constituição de um Fundo Privado que por meio de suas contribuições financeiras e por intermédio de uma administração com ampla participação e controle social - na qual teriam assento todos os envolvidos/interessados (representantes do SUS, pesquisadores da área da saúde, fabricantes, entidades de defesa dos consumidores, etc.) - teria por objetivo estabelecer as diretrizes para o dispêndio dos valores depositados à fim de financiar tratamentos médicos (relativos à doenças como a síndrome de dependência e o câncer, por exemplo), políticas

**Oscar Vilhena**

Professor de Direito Constitucional

Escola de Direito de São Paulo

Fundação Getúlio Vargas

**André Corrêa**

Professor de Direito Civil

Escola de Direito de São Paulo

Fundação Getúlio Vargas

de esclarecimento sobre os danos do tabagismo, e pesquisas buscando o desenvolvimento de tecnologias de redução de danos em conformidade com o marco legal existente.

Este é o nosso parecer.

São Paulo, 05 de dezembro de 2019



Oscar Vilhena Vieira



André Corrêa