

**Universidade Federal de Juiz de Fora**

**FACULDADE DE DIREITO**

**JULITA GUGLINSKI SIQUEIRA**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FABRICANTES DE CIGARRO**

**E A TEORIA DO RISCO CONCORRENTE**

Juiz de Fora

2012

**JULITA GUGLINSKI SIQUEIRA**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FABRICANTES DE CIGARRO  
E A TEORIA DO RISCO CONCORRENTE**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Raquel Bellini de Oliveira Salles.

Juiz de Fora

2012

**JULITA GUGLINSKI SIQUEIRA**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FABRICANTES DE CIGARRO  
E A TEORIA DO RISCO CONCORRENTE**

Monografia de conclusão de curso  
apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade Federal  
de Juiz de Fora como requisito à  
obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Banca examinadora:

---

Profa. Raquel Bellini de Oliveira Salles (Orientadora) - UFJF

---

Profa. Flávia Lovisi Procópio de Souza - UFJF

---

Profa. Kelly Cristine Baião Sampaio- UFJF

Juiz de Fora, 19/10/2012 (Data da aprovação).

## RESUMO

O presente estudo trata de um grande problema social do Brasil e do mundo. Estima-se que o cigarro mate cerca de 200 mil pessoas por ano no Brasil, segundo dados do Instituto Nacional do Câncer (Inca). Diante disso, questiona-se: a despeito da licitude da atividade de produção e comercialização de tabaco no Brasil, seria admissível responsabilizarem-se os fabricantes de cigarro por possíveis danos ocasionados aos seus consumidores? Em caso positivo, em que medida se daria essa responsabilização? Neste sentido, serão abordados os principais argumentos contrários e favoráveis à responsabilização encontrados em doutrina e jurisprudência, para, ao final, concluir-se por uma solução justa e equânime, utilizando-se da *teoria do risco concorrente*.

**Palavras-chave:** *Cigarro. Fabricantes. Danos. Consumidores. Responsabilidade Civil. Risco concorrente.*

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	5
1. DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS .....	8
1.1. A licitude do produto e a regulação da atividade .....	8
1.2. O problema do livre-arbítrio e a culpa exclusiva da vítima .....	10
1.3. A configuração do nexo causal .....	12
1.4. A existência ou não de defeito do produto .....	14
1.5. Ocorrência ou não de defeito de informação – propaganda enganosa e propaganda abusiva .....	16
1.6. Prazo prescricional aplicável .....	19
2. A TEORIA DO RISCO CONCORRENTE NA RESPONSABILIDADE CIVIL ..	22
2.1. O risco concorrente e a tutela da pessoa humana .....	22
2.2. A aplicação da teoria do risco concorrente nos casos de danos decorrentes de uso de cigarro .....	23
3. A APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO CONCORRENTE E O CASO CONCRETO .....	27
3.1. Delimitação das hipóteses de responsabilização do fabricante de cigarros .....	27
3.2. Os pressupostos da obrigação de indenizar .....	32
CONCLUSÃO .....	37
REFERÊNCIAS .....	38

## INTRODUÇÃO

A discussão sobre a responsabilidade civil dos fabricantes de cigarro decorrente dos danos causados pelo referido produto é antiga. Mesmo assim, o assunto é ainda relevante, já que, no Brasil, inúmeras ações judiciais são propostas e ainda serão propostas objetivando indenizações em face da Souza Cruz S.A. e da Philip Morris do Brasil, que são as duas maiores produtoras de cigarros do país.

A despeito do grande número de ações levadas à apreciação do judiciário, os tribunais brasileiros, em regra, não têm acolhido as pretensões indenizatórias de pessoas que foram acometidas por doenças associadas ao tabagismo. A doutrina majoritária também é contrária à responsabilização.

O entendimento do STJ também é, até o momento, contrário à responsabilização dos fabricantes de cigarro. Vitor Guglinski (2011, s/p) afirma que tal posicionamento ancora-se, principalmente, nos seguintes argumentos extraídos do REsp 886.347-RS e do REsp 886.347-RS:

1. “O cigarro é um produto de periculosidade inerente”;
2. “A indústria tabagista não deve ser responsabilizada, uma vez que milhares de fumantes adquiriram o hábito de fumar numa época em que os fabricantes não conheciam os efeitos deletérios do tabaco para a saúde humana”.
3. “A comercialização do cigarro é lícita, somente sendo restringida a propaganda”;
4. “Não há ofensa à boa-fé objetiva, na medida em que há que se considerar o contexto legal, histórico e cultural vigentes até antes de se conhecer os riscos do consumo de tabaco”;
5. “A Medicina não comprovou a causalidade necessária, direta e exclusiva entre o consumo de tabaco e o câncer, pois o estilo de vida do fumante deve ser analisado globalmente, uma vez que fatores como *stress*, sedentarismo, má alimentação, consumo de álcool etc. também contribuem para o desenvolvimento da doença”;
6. “Há que se considerar o livre arbítrio do indivíduo, que, dentre as opções de não fumar e fumar, escolheu a última, havendo, portanto, sua culpa exclusiva”.

Obviamente, também existem julgados de procedência do pedido, condenando as empresas de cigarros, sendo certo que decisões nesse sentido tiveram um crescimento neste século (TARTUCE, 2011).

Nos autos da Apelação Cível nº 379.261.4/5-00, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso e condenou um fabricante de cigarros, levando em conta as seguintes ponderações do Desembargador Caetano Lagrasta:

1. “O cigarro é um problema de saúde pública, inclusive devendo-se responsabilizar o Estado pelos danos causados pelo fumo, haja vista o dano social que se verifica através do hábito de fumar”;
2. “A imposição social do fumo no passado”;
3. “A doença da autora da ação (Doença de Buerger) foi causada pelo consumo de cigarros”;
4. “No passado, a publicidade do cigarro era enganosa, em razão da omissão intencional de informações relevantes por parte da indústria tabagista, em relação aos males causados pelo cigarro”;
5. “A licitude da comercialização de cigarros somente está presente em parte da atividade da empresa, mas não no momento em que aquela coloca nos produtos substâncias sabidamente nocivas à saúde”;
6. “Em relação ao livre arbítrio, sustenta que este não pode conduzir à existência de um dogma ou a uma estranha e impossível religião do vício, ou seja, não se pode transferir ao consumidor todo o peso do consumo de cigarros” (GUGLINSKI, 2011, s/p).

Ainda, em decisão recentíssima, o STJ determinou que a Souza Cruz S.A. e a Philip Morris do Brasil devem provar a afirmação que vêm fazendo desde o início da Ação Coletiva movida pela Associação de Defesa da Saúde do Fumante (Adesf) no sentido de que o tabaco não traz consequências ruins à saúde. Geralmente, ao contrário, são os autores da acusação que têm de provar o que denunciam. Ao analisar o recurso, o ministro César Rocha entendeu que a ação reúne as condições exigidas pela lei para sua tramitação. Se as companhias não conseguirem provar que o tabaco não faz mal, fumantes e ex-fumantes do Estado de São Paulo poderão ganhar uma indenização de R\$ 1.500,00 por cada ano de consumo de cigarros.

Como se pode perceber, a questão é polêmica, já que põe em confronto uma questão moral por parte dos fabricantes de cigarros (estes conhecem amplamente os riscos do tabaco para a saúde humana e continuam a comercializar seus produtos, sem que sofram, contudo, qualquer sanção por parte do poder público) e o livre-arbítrio de que cada pessoa dispõe (GUGLINSKI, 2011).

Flávio Tartuce sustenta a aplicação da *teoria do risco concorrente* para a solução da questão, teoria esta que consubstanciará o marco teórico do presente trabalho.

Assim, desenvolver-se-á o tema através dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais consolidados e, por meio do método bibliográfico, será realizada uma revisão da literatura, para, então, concluir-se pela possibilidade ou não de o fabricante ser responsabilizado por danos causados aos consumidores de cigarro, utilizando-se da *teoria do risco concorrente*.

## 1. DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS

### 1.1. A licitude do produto e a regulação da atividade

Muitos são os argumentos utilizados pela doutrina e jurisprudência para tentar descaracterizar a responsabilidade dos fabricantes de cigarro decorrente de eventuais danos causados aos consumidores deste produto. O fato de o produto em questão ser lícito é comumente o primeiro argumento invocado com esse fim.

Existem acórdãos de improcedência da demanda que apontam para a ausência de ilicitude no comércio de cigarro, havendo um exercício regular de direito por parte das empresas, o que não constitui ato ilícito.

Eis o que Teresa Ancona Lopez (2009, p. 493) aduz sobre o tema:

A licitude da atividade fumageira, ao lado da garantia da livre iniciativa (art. 1º, IV e art. 170, CF), encontra-se expressamente reconhecida na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 220<sup>1</sup>, §3º, inciso II, o qual dispõe sobre a propaganda de produtos “que possam ser nocivos à saúde” e determina, no parágrafo seguinte, a necessidade de se regulamentar, mediante lei federal, a propaganda comercial de tais produtos (i.e., tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias), e que deverão conter, sempre que necessário, a “advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso” (§4º).

A autora acrescenta ainda que o Código de Defesa do Consumidor, em consonância com a Carta Magna, garante a liberdade de escolha dos consumidores

---

<sup>1</sup> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (...) § 3º - Compete à lei federal: (...) II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. (...) § 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

e também reconhece, em seu artigo 8º, a comercialização de produtos com periculosidade inerente (LOPEZ, 2009).

Além de ser uma atividade lícita, a doutrina favorável aos fabricantes de cigarro alega que a atividade é amplamente regulamentada e controlada pelo Estado, em suas diversas esferas, tanto Federal quanto Estadual e Municipal:

A primeira ponderação a ser feita com respeito a eventuais danos à saúde causados pelo uso do cigarro é que a produção e comercialização deste constituem atividades lícitas. Aliás, mais que isso: repetida e minuciosamente reguladas pelo sistema normativo, desde o nível constitucional e ao longo de toda a *pirâmide kelseniana*, além de fiscalizadas com rigor pelos organismos governamentais de controle, a ponto de se poder afirmar que, em todo o universo econômico, raras atividades se lhe podem comparar sob esse aspecto (FABRÍCIO, 2009, p. 28).

Adroaldo Furtado Fabrício (2009, p. 29) sustenta que, “sendo lícito o produto, objetivamente lícitos (= conformados à lei) resultam sua produção e comercialização, e falha desde logo o pressuposto primeiro da responsabilização civil por dano”. Segundo ele, surge ato ilícito porque preexistiu a transgressão de uma norma, sendo pressuposto primeiro e fundamental, para que caiba cogitar-se de indenização de dano, a ilicitude do ato praticado (FABRÍCIO, 2009).

Por sua vez, o Desembargador Lagrasta, ao discorrer em voto de sua autoria, nos já citados autos da Apelação Cível nº 379.261.4/5-00, do TJSP, afirmou:

Também é sofisticado o argumento de que a empresa requerida planta, industrializa e comercializa objeto lícito. O problema não está no plantio, antes nos ingredientes agregados ao fumo na fase de industrialização e que vão sendo regularmente combatidos mundialmente, em nome da Saúde Pública. E, este seria o limite para o exercício regular de um direito, ante as circunstâncias que enfatizam os riscos da atividade, salvo se a indústria do fumo se mostre infensa a estes, quando da fabricação, e não aos da eclosão das doenças, quando denunciadas (LAGRASTA, 2008, p. 9).

Sobre a questão do exercício regular do direito e da licitude da atividade desenvolvida, Tartuce (2011, p. 361) salienta que “o Direito Civil Brasileiro admite a responsabilidade civil por atos lícitos”:

De início, cite-se a hipótese de legítima defesa putativa, em que o agente pensa que está tutelando imediatamente um direito seu, ou de terceiro, o que não é verdade. Além da legítima defesa putativa, admite-se a responsabilidade civil decorrente do estado de

necessidade agressivo. O art. 188, I, do Código Civil enuncia que não constitui ato ilícito a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente (estado de necessidade). Todavia, nos termos do art. 929 da atual codificação privada, se a pessoa lesada ou o dono da coisa, em casos tais, não for culpado do perigo, assiste-lhe-á direito à indenização do prejuízo que sofreram. O exemplo clássico é o de um pedestre que vê uma criança gritando em meio às chamas que atingem uma casa. O pedestre arromba a porta da casa, apaga o incêndio e salva a criança. Nos termos dos dispositivos visualizados, se quem causou o incêndio não foi o dono da casa, o pedestre-herói terá que indenizá-lo, ressalvado o direito de regresso contra o real culpado (art. 930 do Código Civil). Ora, seria irrazoável imaginar um sistema que ordena que uma pessoa em ato heroico tenha o dever de reparar, enquanto as empresas de tabaco, em condutas nada heroicas, tão somente lucrativas, sejam excluídas de qualquer responsabilidade pelos produtos postos em circulação (TARTUCE, 2011, p. 361/362).

Além disso, Tartuce visualiza um ilícito por equiparação quando as empresas, apesar de comercializarem produto considerado lícito, comercializam o mesmo sem as corretas informações de seus males, já conhecidos pelas próprias empresas, gerando danos (TARTUCE, 2011).

Não se discutirá nesta sede a possibilidade de proibir a compra e venda do tabaco no território brasileiro, conforme sustentado por alguns autores, uma vez que o enfoque do presente trabalho é a responsabilidade civil decorrente dos danos que o consumo da substância pode causar. Também não é foco do presente a questão da responsabilidade do Estado por permitir a comercialização de produto nocivo ao consumidor, pelo mesmo motivo já exposto.

## **1.2. O problema do livre-arbítrio e a culpa exclusiva da vítima**

Questão também bastante polêmica quanto ao presente tema diz respeito ao livre-arbítrio. Segundo aqueles que defendem não ser possível responsabilizar-se os fabricantes de cigarro, o consumidor usou seu livre-arbítrio para começar a fumar e utiliza-o também quando não abre mão de tal hábito. Assim, não haveria que se falar em responsabilidade civil uma vez que a própria vítima deu azo ao dano. Há

juízos que atribuem culpa exclusiva à vítima, a excluir a responsabilidade do fornecedor, fundadas no livre-arbítrio de fumar ou de parar de fumar.

Entretanto, a doutrina favorável argumenta que não haveria um total livre-arbítrio por parte do consumidor. Primeiro porque é induzido pela propaganda enganosa e abusiva a iniciar tal prática. Em segundo lugar porque, após o uso reiterado do produto, torna-se dependente do mesmo, sendo muito difícil largar o hábito, mesmo com muito esforço.

Em contrapartida, a doutrina contrária argumenta que não existe dependência à nicotina. Álvaro Villaça Azevedo (2009, p. 68) afirma que “no sentido literal, dependência significa subordinação, sujeição; ou relação entre duas coisas, atos, fatos ou pessoas na qual um subordina-se a outro”. Vale destacar o entendimento do autor:

Não se tratando de substância entorpecente, psicotrópica ou alucinógena, a nicotina não afeta o discernimento da pessoa fumante, nem reduz sua capacidade de praticar os atos da vida civil, motivo pelo qual o seu consumo habitual não está elencado no art. 4º, do Código Civil (AZEVEDO, 2009, p. 70/71).

O doutrinador compara ainda a nicotina presente no cigarro com a cafeína, concluindo que vício é diferente de dependência:

De outro lado, é certo, também, que a dependência física ou psicológica até pode enfraquecer o poder de recusa, até pode dificultar a decisão do usuário da substância de decidir não mais consumi-la, ante a necessidade sentida pela pessoa dependente. Porém, essa dificuldade é inerente aos seres humanos que estão acostumados a consumir substâncias que lhes proporcionam prazer (AZEVEDO, 2009, p. 71).

E prossegue:

Também é difícil, para algumas pessoas, parar de ingerir outras substâncias que proporcionam prazer ao ser humano, como a cafeína e a nicotina. Para alguns não é fácil parar de tomar café ou parar de fumar, sendo que para outros não existe ou é muito pequena tal dificuldade (AZEVEDO, 2009, p. 71).

O autor conclui que dificuldade não é impossibilidade e não constitui causa para uma pretensão jurídica apenas nela baseada e afirma que “ainda que o tabaco

contenha substância inerente (nicotina) que está associada à dependência, o que determina o começo e o fim dessa dependência é a vontade humana” (2009, p. 71).

Com base no relatório de 1989 do *Surgeon General* norte-americano, órgão equivalente ao nosso Ministério da Saúde, que revela que aproximadamente metade de todos os adultos vivos que já fumaram deixaram de fazê-lo e, alegando que no Brasil as estatísticas são semelhantes, Azevedo afirma que parece ser muito mais uma questão de falta de motivação e de falta de auto-sinceridade na tentativa do que propriamente de impossibilidade do abandono do produto (AZEVEDO, 2009):

Se as pessoas em geral, a despeito do conhecimento sobre os riscos associados, iniciam-se no consumo de cigarros e depois, acostumadas ao prazer, não se empenham em parar, não podem, a pretexto da alegada dependência, tencionar receber indenização da empresa fabricante de cigarros (AZEVEDO, 2009, p. 72).

E diz ainda o citado autor:

O mesmo raciocínio vale para os casos em que os fumantes, após longos anos de consumo de cigarros, são acometidos de algum dano que possa eventualmente ser associado ao referido consumo. O arrependimento tardio do fumante, que não se empenhou seriamente em abandonar o cigarro, não pode servir de pretexto para a concessão indenizatória (AZEVEDO, 2009, p. 72/73).

Por fim o autor conclui que “não se tratando de substância proibida, ilícita ou intoxicante, a pretendida dependência em relação à nicotina não tem relevância para o ordenamento jurídico brasileiro, que dela não cuidou em nenhuma parte” (2009, p. 73).

### **1.3. A configuração do nexa causal**

A inexistência de nexa de causalidade entre o consumo do cigarro e os danos à saúde suportados é o principal argumento acolhido nos julgados de improcedência em ações propostas pelos fumantes ou por seus familiares, em caso de morte daqueles.

Os defensores da ausência denexo causal entre o hábito de fumar e o desenvolvimento de doenças começam por afirmar que o tabagismo não é condição necessária para o desenvolvimento de certas doenças e que ele igualmente não é condição suficiente para o advento desse resultado. Nesse sentido, veja-se:

Tudo o que os oncologistas afirmam é que o tabagismo é um fator de risco para o câncer do aparelho respiratório, não que seja dele causa única, ou que todo tabagista esteja condenado a adquirir a doença (FABRÍCIO, 2009, p. 56).

Segundo Adroaldo Furtado Fabrício, as estimativas afirmam que noventa por cento dos portadores de câncer são ou foram fumantes, mas, segundo as mesmas fontes, percentual aproximadamente idêntico de fumantes (90%) não desenvolve qualquer das doenças desse grupo (FABRÍCIO, 2009).

Assim, o autor conclui:

Do exposto resulta que não se pode prescindir da investigação e apuração, *em cada caso concreto*, da relação de causa e efeito entre o hábito de fumar e a formação da doença. Essa pesquisa individual precisa levar em conta, é claro, todos os demais fatores de risco para a enfermidade considerada, aos quais tenha estado exposta a pessoa em questão (FABRÍCIO, 2009, p. 57).

Tartuce (2011, p. 340/341) cita a obra *Atrás da cortina de fumaça*, do sociólogo Sérgio Luís Boeira, em que o mesmo faz uma profunda análise dos efeitos biomédicos e epidemiológicos do consumo do cigarro, o que, segundo Tartuce, não deixa qualquer dúvida a respeito dos males do produto, diante das inúmeras fontes interdisciplinares pesquisadas. Com efeito, “os estudos demonstram que há 4.720 substâncias tóxicas na composição do cigarro, sendo 70 delas causadoras de câncer”, ponderando ainda Tartuce a respeito:

Há duas tabelas bem interessantes apresentadas por Sérgio Boeira em sua obra. A primeira demonstra os tipos de câncer mais comuns e o percentual de doentes que são fumantes. Vejamos: câncer de pulmão, 80% a 90% são fumantes; câncer nos lábios, 90%; na bochecha, 87%; na língua, 95%; no estômago, 80%; nos rins, 90%; no tubo digestivo (da boca ao ânus), 80%. A segunda tabela expõe os principais tipos de câncer no mundo, destacando-se em negrito aqueles que têm relação com o tabagismo, a saber: 1º) **câncer de pulmão**; 2º) **câncer de estômago**; 3º) **intestino**; 4º) **fígado**; 5º) **mama**; 6º) **esôfago**; 7º) **boca**; 8º) **colo do útero**; 9º) **próstata**; 10º) **bexiga** (TARTUCE, 2011, p. 341).

Assim, o autor conclui que a tabela exposta já tem condições técnicas de afastar a tese da impossibilidade de prova do nexo de causalidade nas ações de responsabilidade civil fundadas no câncer decorrente do tabagismo (TARTUCE, 2011). Ele afirma que “nos casos dos males destacados, não há dúvida de que é possível estabelecer uma relação de causa e efeito entre a colocação de um produto tão arriscado no mercado – no caso, o cigarro – e os danos causados aos seus consumidores” (2011, p. 341).

Segundo Fernando Gama de Miranda Netto (2010, p. 23), em trabalho de sua autoria denominado *Controle jurídico do tabagismo na perspectiva dos direitos fundamentais*, “a maioria dos autores restringe o exame do nexo causal ao aspecto fático do ato de fumar e a doença adquirida”. Eis o entendimento do autor:

Diferentemente, TERESA ANCONA LOPEZ apresenta a distinção entre *causalidade natural* e *causalidade jurídica*, e dedica um trabalho inteiro aos aspectos jurídicos do nexo de causalidade. Nesta linha, a autora conclui que não há formação do nexo de causalidade: entre os possíveis danos do cigarro e a falta de conhecimento do fumante quanto aos males do fumo, porque não há defeito de informação sobre os riscos à saúde, e a publicidade não é enganosa ou abusiva. Entende a autora estar excluída a possibilidade de indenização ao fumante pelo fato de ser o cigarro um produto perigoso, e não defeituoso, e a vítima submeter-se, conscientemente, a um risco evitável (NETTO, 2010, p. 23/24).

#### **1.4. A existência ou não de defeito do produto**

Alguns doutrinadores, favoráveis à responsabilização, argumentam que o cigarro seria um produto defeituoso, conforme estabelece o Código de Defesa do Consumidor.

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

Entretanto, uma das maiores críticas à possibilidade de responsabilização refere-se a esse conceito, pois, segundo a doutrina majoritária, seria uma distorção manifesta do conceito legal correspondente e até mesmo daquele proveniente da semântica ordinária.

Segundo Adroaldo Furtado Fabrício (2009, p. 30), “defeituoso é aquilo que foge ao padrão estabelecido, apresentando determinada *anomia*”. Segundo o autor, se o produto pode ser danoso à saúde ou a algum outro valor, mas obedece padrões de normalidade da sua classe e tipo, não há como identificar-se nele um defeito.

E conclui:

A presença nos cigarros e particularmente na fumaça produzida por sua combustão de componentes potencialmente nocivos à saúde humana pode conduzir a que se os considere intrinsecamente perigosos, ou a que se os classifique como “produtos de risco”, mas não como defeituosos. Defeituoso seria, sim, um cigarro que não queimasse, ou que não tivesse sabor algum, ou, por ausência de qualquer dos componentes ordinariamente contidos nele, fosse incapaz de proporcionar ao fumante a sensação de prazer por ele esperada e à qual estava habituado. Relevado que seja o aparente paradoxo, defeituoso seria um cigarro absolutamente inofensivo à saúde do usuário, pois a supressão de todos os componentes nocivos o descaracterizaria e o destituiria dos efeitos que dele espera e nele procura o consumidor (FABRÍCIO, 2009, p. 31).

Segundo grande parte dos doutrinadores, a periculosidade do produto ou do serviço não implica necessariamente impropriedade. Um produto pode ser perigoso, por sua própria natureza ou finalidade, e não ser impróprio ao uso a que se destina. É o caso, por exemplo, de uma arma de fogo.

Ao contrário, para outros doutrinadores, ainda que minoria, o cigarro seria um produto defeituoso desde a sua concepção. É o entendimento de Flávio Tartuce:

Ademais, pode-se dizer que está presente no caso do cigarro um *defeito de criação*, o qual afeta “as características gerais da produção em consequência de erro havido no momento da elaboração de seu projeto ou de sua fórmula”. Em casos tais, “o fabricante responde pela concepção ou idealização de seu produto que não tenha a virtude de evitar os riscos à saúde e segurança, não aceitáveis pelos consumidores, dentro de determinados ‘standards’ (TARTUCE, 2011, p. 360).

Tartuce (2011, p. 361) ainda afirma que, se o uso do cigarro não causar males à pessoa pelo seu uso continuado, o que até acontece, não há que se falar em defeito. “Por outra via, presente o prejuízo, o produto perigoso é elevado à condição de produto defeituoso, surgindo, então, a responsabilidade civil”.

### **1.5. Ocorrência ou não de defeito de informação - propaganda enganosa e propaganda abusiva**

Doutrinadores favoráveis à responsabilização alegam que a propaganda utilizada pelas empresas fabricantes de cigarros seria enganosa, por mostrar, associadas a seus produtos, situações de prazer, força, saúde e vitalidade. Seria, ainda, indutora do hábito de fumar e da sua continuidade, por via da constante associação a um modo de vida pleno de charme, riqueza, prazer e alegria.

A publicidade enganosa está exemplificada no art. 37 do CDC e é aquela que, através da sua veiculação, pode induzir o consumidor a erro. Pode ser por omissão, quando o anunciante omite dados relevantes sobre o que está sendo anunciado e, se o consumidor soubesse desse dado, não compraria o produto ou serviço ou pagaria um preço inferior por ele. A publicidade enganosa por comissão é aquela no qual o fornecedor afirma algo que não é, ou seja, atribui mais qualidades ao produto ou ao serviço do que ele realmente possui. A publicidade enganosa provoca uma distorção na capacidade decisória do consumidor, que se estivesse melhor informado, não adquiriria o que foi anunciado.

Por sua vez, a publicidade abusiva está elencada no art. 37, § 2.º, do CDC, no qual é considerada como tal a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

De acordo com Adroaldo Furtado Fabrício (2009, p. 32), “há algumas considerações fundamentais que se têm de contrapor a essa linha de argumentação”:

Primeiro, o chamado “dever de veracidade” na difusão publicitária tem uma nota de necessária relatividade, pois ninguém faz propaganda para ressaltar os aspectos negativos do seu produto, nem é de se esperar da mensagem propagandística uma objetividade total. Ciente de tratar-se de material publicitário, o consumidor jamais tomará ao pé da letra as insinuações dessa natureza contidas ou implícitas na mensagem, de todos conhecido que é o elevado componente de fantasia e ambientação quase onírica de tais peças (FABRÍCIO, 2009, p. 32).

O autor continua:

Desde o momento em que foram sendo instituídas progressivas restrições à publicidade dos produtos do tabaco, a indústria a elas se tem submetido rigorosamente – inclusive, nos tempos mais recentes, no que diz respeito à inserção, nos próprios maços de cigarro, de ilustrações nada menos do que aterrorizantes associadas às mensagens de advertência (FABRÍCIO, 2009, p. 32).

Ainda segundo o autor, outro ponto que deve ser ponderado é a impossibilidade de mensuração confiável e precisa, mesmo nos dias de hoje, em que há uma massa gigantesca da propaganda, da real influência da publicidade sobre a decisão do consumidor quanto a adotar o hábito de fumar (FABRÍCIO, 2009). “O convívio familiar e social com fumantes, a pressão psicológica dos amigos, o anseio pela assunção de uma aparência adulta e independente – provavelmente têm nessa decisão um peso muito maior” (2009, p. 33). Ainda o citado autor:

Tenha-se presente, outrossim, que as pessoas vitimadas por doenças relacionadas ao tabaco, cuja enfermidade ou morte são hoje invocadas em juízo como fundamento de indenização, em sua imensa maioria, iniciaram-se no uso do fumo em tempos remotos, até mesmo porque, segundo a opinião técnica corrente, é o efeito cumulativo desse uso que gera problemas de saúde. Ora, à luz dessa consideração, é absolutamente arbitrário atribuir-se à massiva e sofisticada publicidade das décadas finais do último século a incorporação desse contingente de indivíduos à massa dos tabagistas (FABRÍCIO, 2009, p. 33/34).

Por fim, o mesmo autor conclui que “é fato bem conhecido, que se extrai da simples convivência em sociedade, que milhares de pessoas têm abandonado o hábito de fumar” (2009, p. 34). Segundo ele, isso demonstra que propaganda não é o fator de maior peso na decisão de começar a fumar e nem assume papel decisivo no impedir o abandono do hábito (FABRÍCIO, 2009). “Em resumo, a publicidade não suprime o livre-arbítrio. Pertence a cada indivíduo a escolha de começar a fumar, como a de cessar o consumo de cigarros e similares” (2009, p. 34).

Segundo Fernando Gama de Miranda Netto, até nos dias atuais o defeito de informação persiste:

A conclusão que se chega é que a publicidade do cigarro é enganosa por omissão. Realmente, quais são os dados que precisam ser informados do cigarro? Alguns juristas sustentam que os males provocados pelo fumo já estão presentes na consciência da coletividade ou na cultura popular. Chegam praticamente a dizer que todos nascem sabendo. Esquecem que os principais consumidores atingidos são *hipervulneráveis*, porque são crianças e adolescentes (NETTO, 2011, p. 32).

O autor diz que, além de tudo, também resta patente o caráter abusivo da publicidade do cigarro na medida em que faz apologia de um produto que acarreta danos ao consumidor, aproveitando-se da carência de informações dos jovens que são atraídos pelos efeitos perversos da publicidade com a promessa de autoafirmação para uma vida adulta (NETTO, p. 32). Assevera o autor:

Basta uma rápida leitura do Código de Defesa do Consumidor para perceber que o fornecedor só poderá explorar os produtos potencialmente nocivos se respeitar o dever de informar, de forma clara, adequada, precisa e ostensiva, a respeito da nocividade, composição e periculosidade do produto (art. 9º e 31). As pesquisas indicam que o cigarro possui mais de 4.000 substâncias tóxicas e estas nunca vieram elencadas nos maços de cigarro (NETTO, 2011, p. 25).

Assim, conclui, utilizando-se das ponderações de Lúcio Delfino, que as advertências acerca dos malefícios ocasionados pelo consumo do cigarro, inseridas nos maços vendidos no Brasil, e na própria publicidade do produto, que decorrem de previsão legal, não eximem as empresas fumígenas de seu dever de informar (NETTO, 2011). Destarte, para o autor,

É neste contexto que a conduta omitida (dever de informar de forma clara, adequada, precisa e ostensiva, a respeito da nocividade, composição e periculosidade do produto) caracteriza a criação de um risco não permitido e fundamenta a imputação objetiva do dever de indenizar (NETTO, 2011, p. 25).

De acordo com Tartuce, destaca-se, como forte tática ao consumo utilizada pelas empresas de tabaco, o papel que a publicidade e os meios de *marketing* sempre exerceram para *seduzir* ao uso do produto, levando as pessoas à experimentação e, conseqüentemente, ao vício (TARTUCE, 2011).

O autor compareceu à exposição “Propagandas de cigarro – Como a indústria do fumo enganou você”, realizada na cidade de São Paulo, com mostra de cartazes e vídeos relativos à publicidade do cigarro nos séculos XIX e XX, e presenciou campanhas relacionadas à família e à criança, à figura do Papai Noel, aos ídolos do cinema e do esporte etc. Segundo ele, as empresas de cigarro também buscavam relacionar o produto a supostos estudos científicos, em que profissionais de saúde supostamente aprovavam o cigarro (TARTUCE, p. 2011). Segundo o autor, “diz-se *supostamente* porque os médicos e profissionais que apareciam nas imagens não eram reais, mas, sim, figuras criadas tão somente para as campanhas de oferta ao público” (2011, p. 342/343).

## 1.6. Prazo prescricional aplicável

Outra questão relevante para o tema em análise é, na hipótese de se admitir a responsabilidade civil *in casu*, a referente ao prazo prescricional que se deve aplicar: se o de cinco anos, do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, ou o de dez anos, do artigo 205 do Código Civil de 2002.

Arruda Alvim, ao dissertar sobre o tema, divide a questão em duas hipóteses. A primeira diz respeito a uma pessoa que começou a fumar antes da vigência do CDC e o dano por ela narrado teria ocorrido antes de março de 1991 (data em que entrou em vigor o CDC). A segunda hipótese é a de uma pessoa que começou a fumar antes da vigência do CDC e o dano por ela narrado teria ocorrido depois de março de 1991 (data em que entrou em vigor o CDC) (ALVIM, 2009).

Segundo o autor, na primeira hipótese, a Lei aplicável ao fato dito constitutivo é o Código Civil (artigo 159), mas a prescrição será a quinquenal, prevista no artigo 27 do CDC. E ele explica:

Com a mudança de regime, muda, também, o regime de prescrição, no que está implicado que, se remanescerem mais do que 5 anos dos possíveis 20 anos previstos no art. 177 do CC, esses mais de 5 anos ficarão reduzidos aos 5 anos do CDC. Ou seja, pelo menos desde março de 1996 estão prescritos todos os eventuais possíveis danos imputados ao consumo de cigarros, ocorridos antes da entrada em vigor do CDC (ALVIM, 2009, p. 84).

No caso da segunda hipótese, o autor afirma que, se a situação entre um fumante e o fabricante de cigarro era regida pelo Código Civil, que, enquanto lei geral, abarcava essa situação, a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor, por ter vindo essa situação a receber tratamento específico enquanto relação de consumo, passou a ser inteiramente regulada por este último diploma (ALVIM, 2009). Assim, o autor conclui:

Por isto tudo, somos de opinião que, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor – e não o Código Civil, ou, não mais o Código Civil – é certo que o regime da prescrição de 5 anos, previsto no art. 27, do Código de Defesa do Consumidor, para relações de consumo, substitui o precedente regime de 20 anos, previsto este no Código Civil (ALVIM, 2009, p. 87).

Segundo o artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria. Nesse sentido:

O conhecimento que se há de exigir, para que tenha curso o prazo de prescrição, não pode ser outro que o resultante para o leigo da concorrência de fatos que normalmente possam justificar a conclusão de que houve o dano. Tratando-se de moléstia, se esta acha-se satisfatoriamente evidenciada, se os elementos disponíveis para que alguém perceba dela padecer, usando a atenção e a diligência comuns, há de entender-se que houve o conhecimento necessário para que flua o prazo prescricional. Não se faz mister se proceda a minuciosos exames para confirmá-lo, visando a uma certeza difícil de ser alcançada (RIBEIRO, 2009, p. 153).

Na opinião de Tartuce (2011, p. 367), “em qualquer situação de dúvida quanto a tal início, deve prevalecer a interpretação *pro consumidor*, diante do *princípio do protecionismo*, abstraído do art. 1º da Lei n. 8.078/1990 e art. 5º, XXII, do Texto Maior”.

Apresentado, assim, o quadro controvertido presente na doutrina pátria no tocante à responsabilidade do fabricante de cigarros, buscar-se-á propor uma solução, tomando como ponto de partida a análise do nexo de causalidade na responsabilidade civil *in casu*.

## 2. A TEORIA DO RISCO CONCORRENTE NA RESPONSABILIDADE CIVIL

### 2.1. O risco concorrente e a tutela da pessoa humana

De acordo com a *teoria do risco concorrente* seria viável juridicamente atribuir a obrigação de indenizar levando-se em conta as concorrências efetivas do agente e da própria vítima. No caso de haver responsabilidade objetiva, fala-se em risco concorrente e a responsabilidade civil objetiva deve ser atribuída e fixada de acordo com os riscos assumidos pelas partes, seja em situação contratual ou extracontratual (TARTUCE, 2011).

Segundo Tartuce, o principal fundamento da *teoria do risco concorrente* é a equidade, que, na visão aristotélica, significa a busca da justiça do caso concreto (TARTUCE, 2011). Nesse sentido, “a teoria do risco concorrente visa conformar a realidade fática relativa ao evento danoso às consequências que sejam justas para as partes envolvidas. Há uma visualização adequada, uma composição simétrica, de acordo com aquilo que cada um contribuiu para o prejuízo” (2011, p. 264).

Tartuce diz que, em uma primeira leitura, pode parecer que a teoria proposta é desvantajosa ao consumidor, ferindo a proteção do art. 5º, XXXII, da Constituição Federal. Segundo ele a premissa é falsa.

A tese pode ser, sim, vantajosa aos consumidores, em especial nas hipóteses que envolvem o cigarro e outros produtos tidos como perigoso ou arriscados. Em casos em que o consumidor não teria direito à indenização, pela aplicação da culpa exclusiva da vítima, o risco concorrente pode trazer orientação diversa, qual seja, de distribuição equitativa dos riscos das partes. Assim, ao contrário do caminho anterior, o consumidor terá, sim, direito a ser reparado (TARTUCE, 2011, p. 267/268).

A *teoria do risco concorrente* estaria ainda fundada na tríade isonomia-razoabilidade-proporcionalidade, o que afasta, segundo o autor, qualquer tentativa de sustento de inconstitucionalidade da sua incidência, mormente nos casos relativos aos vulneráveis citado (TARTUCE, 2011).

Além disso, pode-se concluir que a *teoria do risco concorrente* tem relação direta com o princípio da solidariedade social, estampado no artigo 3º, I, da Constituição Federal. “A solidariedade traz a premissa de responsabilização pelo outro e, como decorrência lógica, de uma divisão comunitária dos riscos assumidos nas situações contemporâneas” (2011, p. 277).

Segundo Tartuce, em algumas situações, a teoria do risco concorrente buscará a tutela da dignidade da pessoa humana, conforme o princípio estruturante que consta do artigo 1º, III, da Constituição da República Brasileira. Eis ainda o entendimento do autor:

A premissa elaborada é clara, uma vez que a aplicação do risco concorrente trará como conclusão o dever de indenizar, de acordo com um risco criado pela atividade desenvolvida pelo agente. Há uma preocupação com a vítima, além da precaução em relação há novas situações de potenciais prejuízos. Valoriza-se, nesse contexto, a pessoa como um tipo real, e não como um ideário imaginativo (TARTUCE, 2011, p. 277).

## **2.2. A aplicação da teoria do risco concorrente nos casos de danos decorrentes de uso de cigarro**

Segundo Tartuce, o argumento principal a ser rebatido na questão do cigarro é o da culpa exclusiva da vítima:

Esse parece ser o maior sofisma jurídico pregado por parte da doutrina e da jurisprudência, que concluem pela inexistência de dever de indenizar os fumantes ou seus familiares, ferindo a lógica do razoável. Não se pode admitir que a carga de culpa fique somente concentrada no consumidor, sobretudo se as empresas de cigarro assumem um risco-proveito, altamente lucrativo. O argumento é por completo inócuo nos casos de fumantes passivos, caso, por exemplo, de trabalhadores que locais em que o fumo vem – ou vinha – a ser permitido (v.g., casas noturnas e restaurantes), que acabam se enquadrando no conceito de consumidor por equiparação ou *bystander* (art. 17 do CDC). Há até o cúmulo das vozes argumentativas que pregam que a pessoa fuma para depois pleitear indenização ou para que seus familiares o façam. Quem já vivenciou os últimos dias de um fumante, sabe muito bem como argumento é descabido, seja do ponto de vista fático ou social (TARTUCE, 2011, p. 367).

A conclusão a que chega Tartuce (2011, p. 367/368) em seu estudo é a de que o problema do cigarro deve ser resolvido pela *teoria do risco concorrente*. Segundo ele, dois momentos distintos devem ser imaginados, para duas soluções do mesmo modo divergentes, devendo-se atentar “para o fato de que as soluções são de divisões diferentes das responsabilidades, sem a atribuição do ônus de forma exclusiva a apenas um dos envolvidos”. Ainda conforme o autor,

De início, para aqueles que começaram a fumar antes da publicidade e da propaganda de alerta, o fator de assunção do risco deve ser diminuído ou até excluído, eis que não tinham conhecimento – ou não deveriam ter – de todos os males causados pelo fumo. Muitas dessas pessoas foram enganadas anos a fio. A que se enquadram os que se iniciaram no fumo antes do início do século XXI e que são justamente os personagens principais das demandas em curso perante o Poder Judiciário brasileiro. O maior índice de risco assumido, por óbvio, está na conduta dos fabricantes e comerciantes de cigarros, até porque sabiam ou deveriam saber dos males do produto. É possível deduzir ainda que, diante do grau de instrução do brasileiro comum, não se pode atribuir qualquer índice de riscos aos consumidores, aplicando-se a reparação integral dos danos. Entretanto, aumentando o grau de esclarecimento do fumante, a ponderação deve ser diversa (TARTUCE, 2011, p. 368).

Segundo Tartuce, a título de exemplo, se uma pessoa altamente esclarecida começou a fumar nos anos 80, sendo razoável que soubesse dos males do cigarro, o grau de risco assumido deve ser em torno de 10% ou 20%, enquanto os outros 90% ou 80% devem correr por conta da empresa de tabaco. Na mesma hipótese, mas envolvendo um analfabeto sem instrução cultural, o grau de risco deverá ser de 100% por parte da empresa (TARTUCE, 2011). E esclarece:

Por outra via, para aqueles que iniciaram o hábito mais recentemente – devidamente informados, sabendo e conhecendo os males do cigarro - , a situação é diferente. Inverte-se o raciocínio, uma vez que a maior carga de risco assumido se dá por parte do fumante. Nesse contexto, pode-se imaginar 90% de risco por parte do fumante e 10% pela empresa; 80% pelo fumante e 20% pela empresa, e assim sucessivamente, o que depende da análise caso a caso pelo aplicador do Direito. Contudo, mesmo em casos tais, não se pode admitir a culpa ou o fato exclusivo da vítima, havendo, na verdade, um risco concorrente. Eis aqui mais um exemplo de que a teoria que se propõe pode ser favorável ao consumidor, pois em circunstâncias normais poder-se-ia falar em culpa exclusiva do consumidor, como

faz parte da doutrina e da jurisprudência, muitas vezes amparada no livre-arbítrio (TARTUCE, 2011, p. 368).

O autor, por fim, conclui que “pela teoria do risco concorrente, em casos que envolvem a responsabilidade civil pelo uso do cigarro, a indenização deve ser fixada de acordo com os riscos assumidos pelas partes, aplicando-se a equidade e buscando-se o critério máximo de justiça” (2011, p. 368). São seguidas as ideias de Jorge Mosset Iturraspe, jurista argentino, no sentido de que não se pode mais encarar a responsabilidade civil com a construção de culpabilidade total de certos indivíduos. “Um sistema justo, equânime e ponderado de direito dos danos é aquele que procura dividir os custos do dever de indenizar de acordo com os seus participantes e na medida dos riscos assumidos por cada um deles” (2011, p. 369).

A *teoria do risco concorrente*, apesar de ser de muita valia para diversos casos, inclusive para tentar achar uma solução jurídica viável para a responsabilização dos fabricantes de cigarro, não pode ser o único argumento invocado para tal responsabilização. Existem outros pormenores que devem necessariamente ser analisados no caso do cigarro, não bastando apenas alegar que os riscos são concorrentes e que por tal motivo caberia a responsabilização.

Tal teoria é especialmente útil por rechaçar o argumento de que haveria sempre uma exclusão da responsabilidade pela conduta da própria vítima, que no caso é o consumidor de cigarro. A teoria demonstra que dificilmente um dos envolvidos de uma determinada relação jurídica é totalmente responsável pelos possíveis danos e resultados, ou seja, condutas diversas colaboram para o resultado danoso. Desse modo, não haveria que se falar em culpa *exclusiva* da vítima. Isso porque a indústria de cigarro assume riscos ao colocar produto que possa fazer mal aos consumidores no mercado e, em contrapartida, os consumidores colocam suas vidas em risco ao adquirir e usar tais produtos.

De todo modo, o risco assumido pelo fabricante de cigarro não é o único fator para ensejar responsabilização, necessitando-se de outros elementos, conforme será demonstrado adiante.

A teoria do risco concorrente é importante não apenas para indicar que pode haver responsabilização do fabricante, mas sobretudo para afastar o entendimento a

*priori* de que, em qualquer situação de dano decorrente do cigarro, haveria a exclusão da responsabilidade por culpa *exclusiva* da vítima. É também especialmente relevante para a estipulação do *quantum debeat*, atribuindo ao fabricante e ao consumidor parcela indenizatória correspondente ao percentual de participação de cada um na causação do dano.

A propósito, existindo os requisitos ensejadores da responsabilidade civil, faz-se mister aplicar o artigo 945 do Código Civil<sup>2</sup> para distribuir entre as partes, equitativamente, o valor da indenização, solução esta diversa da solução dada por Tartuce, que seria a aplicação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, com a qual não se concorda.

A chamada *culpa concorrente* é, na realidade, mais uma hipótese de *concorrência de causas*. A vítima concorre com a sua conduta para o evento danoso juntamente com aquele que é apontado como único causador do dano. Nesse caso, a mínima noção de equidade recomenda que se reduza a indenização proporcionalmente à participação da vítima na causação do dano.

---

<sup>2</sup>Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

### **3. A APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO CONCORRENTE E O CASO CONCRETO**

#### **3.1. Delimitação das hipóteses de responsabilização do fabricante de cigarros**

Para respondermos à indagação colocada de início, qual seja, se é possível ou não se responsabilizar os fabricantes de cigarro por danos causados aos consumidores de seus produtos, devemos necessariamente distinguir duas hipóteses distintas, analisando quando o início do hábito de fumar se deu, isto é, se antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor ou se depois do mesmo.

Para a hipótese em que o consumidor iniciou o hábito de fumar antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, entende-se que o dispositivo aplicável é o Código Civil de 1916 e, não, o Código de Defesa do Consumidor, diversamente do que sustenta Tartuce. Não se poderia aplicar o Código de Defesa do Consumidor para essa hipótese, sob pena de haver retroatividade de lei. Assim, a se admitir a responsabilização do fabricante em casos tais, evidentemente a obrigação de indenizar dependeria da comprovação da culpa do fabricante, aspecto de difícil configuração, especialmente considerando-se que o dever de informar ainda não encontrava respaldo normativo sólido como o que se tem atualmente, sobretudo após a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor.

Apesar de se ter investigado os argumentos em favor da responsabilização do fabricante mesmo antes do Código de Defesa do Consumidor, não foi possível identificar qualquer fundamento sólido passível de justificar a responsabilidade em casos tais, sendo insuficientes também os argumentos doutrinários e jurisprudenciais. Justamente devido a tal dificuldade, delimita-se o objeto do presente trabalho apenas aos casos posteriores ao Código de Defesa do Consumidor, opção que também se justifica devido ao fato de que a teoria adotada como marco teórico para o presente trabalho, conforme está estruturada, diz respeito aos casos de responsabilidade objetiva, cuja incidência não teria amparo legal quanto às situações pretéritas.

Assim, cabe de antemão ressaltar que o prazo prescricional aplicável ao caso é o de 05 anos disposto no Código de Defesa do Consumidor. Entende-se que a relação existente entre os fabricantes de cigarro e os consumidores dos mesmos é uma típica relação de consumo, e, por isso, o Código de Defesa do Consumidor é o diploma aplicável. Com a entrada em vigor da Lei 8.078/90, relações como as tratadas no presente estudo passaram a ser regidas pelo referido código. Como o mesmo estabelece um prazo de 05 anos, este deve ser aplicado. Deste modo, o estudo limita-se aos casos em que o dano ocorreu há, no máximo, 05 anos atrás, sob pena de tornar impossível falar-se em responsabilidade civil, em decorrência da prescrição.

Além de tal entendimento quanto ao prazo prescricional, é preciso deixar bem claro que o estudo trata apenas dos casos de danos efetivos ao consumidor, como no caso de doenças causadas pelo cigarro. O mero vício não ensejaria a responsabilização por parte dos fabricantes, justamente porque faltaria um requisito fundamental para a responsabilização, que seria o dano. Sem dano, impossível se falar em responsabilidade civil. Como é sabido, dano é toda lesão a um bem juridicamente protegido, causando prejuízo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. Deste modo, não se concorda com indenizações que visem custear um tratamento para que o fumante abandone o vício de fumar, nem simplesmente uma indenização apenas pelo fato de o mesmo não conseguir abdicar de tal prática porque a lesão ao bem jurídico se dá com o aparecimento de uma enfermidade.

Quanto aos consumidores que iniciaram o hábito de fumar antes da maioridade, cabe esclarecer primeiramente que não será nesta sede abordada a questão da possível responsabilidade dos pais por atos dos filhos menores. De todo modo, em qualquer dos casos, entendendo-se pela responsabilidade dos pais ou não, presentes os requisitos para a responsabilização do fabricante, este último seria responsável. Ou seja, segundo a *teoria do risco concorrente*, ao menos o fabricante seria responsável, bem como o consumidor ou os que respondem por eles, o que se daria em maior ou menor grau, a depender do caso concreto. Se haveria responsabilidade dos pais, no lugar da responsabilidade do filho consumidor, é questão a ser discutida em outra ocasião.

É importante ressaltar também que este trabalho trata do cigarro (produto) e não simplesmente do fumo presente no mesmo. O problema do cigarro são os componentes agregados ao mesmo, passíveis de causar diversos males à saúde, e que não são devidamente comunicados ao consumidor.

Outro aspecto importante de ser mencionado é o meio judicial através do qual essa pretensão pode ser exercida. A ação cabível para o pedido de danos morais e materiais é a ação individual, não cabendo ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos, por serem as diferenças do caso concreto superiores a qualquer similaridade que possa existir.

Quanto ao nexu causal, é imprescindível a prova da existência do mesmo. Deve ser dado direito a um contraditório e uma ampla defesa para ambas as partes. Deste modo, não se concorda com o julgamento antecipado do feito, nem de procedência nem de improcedência, uma vez que a questão não é meramente de direito, necessitando de dilação probatória. Deve ser provado que o cigarro foi o causador da doença diagnosticada e que o fabricante colocado no pólo passivo era o mesmo fabricante do cigarro utilizado pelo autor.

Após essas considerações iniciais, cumpre verificar se os fabricantes de cigarro podem ou não ser responsabilizados pelos danos porventura causados aos consumidores desse produto.

Para tanto, conforme já mencionado, dividimos duas hipóteses distintas, mas somente analisaremos uma, qual seja, aquela em que os consumidores iniciaram o consumo de cigarros após o advento do Código de Defesa do Consumidor e de todo tipo de propaganda contra o cigarro. Imagine-se que o dano tenha ocorrido no momento ou há no máximo cinco anos atrás, até porque, como já explicitado, casos anteriores a esses estariam prescritos.

Na hipótese que será tratada, o período em que o consumidor iniciou o hábito coincide com aquele em que o fabricante foi obrigado por lei a informar os males que o produto causava, não havendo que se falar em desconhecimento desses pelo consumidor.

De certo, aplica-se à relação entre o fabricante de cigarro e o consumidor o Código de Defesa do Consumidor, sendo a responsabilidade pelos danos causados por defeitos objetiva, conforme disposição do artigo 12 do CDC.

Inicialmente, vale ressaltar que não se concorda com o argumento utilizado pela doutrina favorável à responsabilização, inclusive por Tartuce, que alega que o cigarro seria um produto defeituoso por não ter seguido os padrões que deveria, desde sua concepção. Tal argumento mostra-se por demais forçado.

Sabe-se que a responsabilidade objetiva do fabricante pode decorrer do fato do produto ou do serviço (artigos 12 a 17 do CDC) ou do vício do produto ou do serviço (artigos 18 a 25 do CDC). O primeiro é o chamado acidente de consumo, que é possível de acontecer no caso do cigarro.

Eis o que dispõe o §1º do artigo 12 e seus respectivos incisos:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

Conforme se depreende da simples leitura do artigo supra, o cigarro não é um produto defeituoso e sim perigoso, porque defeituoso é aquilo que foge ao padrão estabelecido.

Apesar de não se concordar com o argumento do defeito do produto, fundamentamos a possibilidade de responsabilização, para os casos posteriores ao CDC, no defeito de informação, já que, conforme o caput do já citado artigo 12, *in fine*, o fabricante responde, independente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por informações insuficientes ou inadequadas

sobre sua utilização e riscos. Assim, o fato do produto (artigos 12 a 17 do CDC) se daria pelo defeito de informação e não pelo defeito do produto. Havendo defeito de informação, haverá o dever de indenizar por parte dos fabricantes de cigarro.

Por mais que se alegue que, após o advento de CDC, os possíveis riscos do cigarro foram amplamente divulgados pelos fabricantes, há ainda que se considerar que muitos dos componentes do cigarro não são divulgados para os consumidores. Desse modo, em tese, para essa hipótese, não haveria o dever de indenizar por parte dos fabricantes de cigarro por não haver defeito de informação, já que os males foram amplamente divulgados. Ocorre que, se provado pelo consumidor lesado que os fabricantes não divulgam nos rótulos do cigarro todos os componentes do mesmo, passíveis de causar doenças, estaria sim presente o dever de indenizar. O fato é que diversas pesquisas indicam que o cigarro possui uma gama de substâncias tóxicas que nunca vieram elencadas nos maços de cigarro.

Não basta ao fabricante informar sobre os males que o produto pode causar. Ele deve seguir totalmente o que determina o artigo 32 do CDC. Conforme estabelece o supracitado artigo, a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Vale lembrar que não basta a simples alegação de que o fabricante não se desincumbiu do seu dever de informação por não ter informado a composição exata do produto. Tal situação deve ser provada nos autos, por todos os meios possíveis, cabendo inclusive a inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, por ser o consumidor de cigarro hipossuficiente face ao fabricante. E mesmo que não o fosse, caberia a inversão se houvesse verossimilhança na alegação.

O dever de indenizar não se daria pela falta de informação dos males, frise-se bem, uma vez que estes estão amplamente divulgados nos dias atuais, mais sim pela insuficiência das informações.

No caso, o consumidor sabe perfeitamente do risco que corre com a utilização do produto, mas, adotando-se a *teoria do risco concorrente* e o princípio da boa-fé

objetiva, reconhece-se também em certa medida um risco assumido pelo próprio fabricante, o qual deve pesar na avaliação do nexo de causalidade e na determinação do *quantum* indenizatório. Tal questão será melhor enfrentada no tópico seguinte.

### 3.2. Os pressupostos da obrigação de indenizar

Para os casos em que o consumidor iniciou o hábito de fumar após o advento do Código de Defesa do Consumidor, que é a hipótese objeto do presente estudo, os pressupostos da obrigação de indenizar seriam a existência de um vício de informação, dano e o nexo causal, não havendo necessidade de se provar culpa ou dolo por ser a responsabilidade, nessa hipótese, objetiva.

Assim, para estar presente a obrigação de indenizar, bastaria a ação do fabricante de colocar o produto no mercado deixando de prestar plena informação sobre seus componentes e riscos para a saúde, o dano ao consumidor, que seria representado pelo aparecimento de uma doença específica, e o nexo causal entre a prática do fabricante e a doença. Assim, o pressuposto mais importante nessa segunda hipótese seria o nexo causal.

E é justamente no nexo causal que se analisa a possibilidade de configuração da responsabilidade civil *in casu*. Em se provando que houve vício de informação, ao nexo causal naturalístico se acrescentaria o nexo causal jurídico.

Sabe-se que, mesmo que presentes os citados requisitos, a responsabilidade tem sido nos tribunais pátrios normalmente excluída por culpa *exclusiva* da vítima. Contudo, entende-se que não há que se falar, aprioristicamente, em culpa *exclusiva* da vítima, uma vez que, configurados aqueles requisitos, impõe-se ao fabricante a obrigação de indenizar, sendo certo que, desde o início da atividade, assumiu o risco de colocar o produto no mercado sem a devida e clara informação a respeito dos componentes maléficos do produto e dos riscos efetivamente envolvidos. Admitir-se-ia nessas situações, portanto, a concorrência da vítima, cuja consequência é a redução da indenização proporcionalmente ao percentual de sua participação na causação do próprio dano.

Tradicionalmente, o ato ensejador de indenização em geral é o ato ilícito. Ocorre que, segundo a moderna teoria da responsabilidade civil, o ato ilícito deu lugar ao ato antijurídico (dano injusto). O ilícito é apenas uma das possibilidades de ato antijurídico. O dano injusto é o dano imerecido, conceito que foca na pessoa da vítima, em conformidade com os pressupostos do Direito Civil atual, diverso da teoria tradicional, que tinha foco na conduta do agente ofensor.

É necessário para a configuração do dever de indenizar dos fabricantes de cigarro que todos os mencionados requisitos estejam presentes. Não vale, simplesmente, alegar o princípio da dignidade humana, o direito à saúde, assegurado constitucionalmente e a teoria do risco concorrente, para fundamentar a responsabilização. Esses fundamentos são deveras importantes, mas não são suficientes, por si sós, para autorizar a responsabilização nos casos ora tratados. Os requisitos legais são essenciais e devem estar presentes, sob pena de não restar configurada a obrigação do fabricante.

Assim, ato antijurídico, mediante colocação do produto no mercado sem a devida informação, dano e nexos causal, devem ser devidamente provados durante o processo. Conforme já dito, não deve haver julgamento antecipado do pedido, nem contrário à responsabilização e nem favorável. A questão em foco é muito complexa e demanda dilação probatória no grau máximo. Só assim o magistrado poderá tomar uma decisão justa e adequada a determinado caso concreto.

Os pressupostos da obrigação de indenizar, então, partem dos pressupostos já conhecidos para os casos em geral e devem ser acrescidos das discussões doutrinárias e jurisprudenciais já abordadas quanto ao cigarro.

O dano, por exemplo, deve ser comprovado. E esse talvez seja o requisito mais simples de ser analisado. Em sendo o autor da demanda o próprio consumidor, bastaria uma perícia médica para determinar que ele tem a doença alegada. Ou o fato simplesmente pode ser comprovado por prova documental juntada pela parte (laudos e exames médicos). Por outro lado, sendo o autor sucessor do consumidor falecido, os documentos médicos anteriores ao óbito, que demonstrem que o mesmo tinha a doença alegada, serviriam de prova documental hábil, bem como o próprio atestado de óbito, nas situações em que o mesmo traz a causa da morte. Caso seja da vontade do magistrado, poderá se proceder a uma exumação do corpo.

Entende-se que as provas documentais produzidas através de laudos e exames médicos seriam suficientes para provar a existência da doença especificamente decorrente do uso do cigarro. Os documentos expedidos por médicos habilitados para tanto têm presunção de veracidade até prova em contrário.

Testemunhas também devem ser ouvidas, não para afirmar o óbvio, de que o autor possuía a doença, mas para dizer se o mesmo tinha ou não o hábito de fumar e qual era essa frequência. Tal aspecto é relevante para a configuração no nexo causal.

Muito se discute sobre a marca de cigarro usada pelo consumidor. Essa questão poderá ser resolvida através de provas testemunhais. Não só por elas, mas por provas documentais também. O autor pode juntar aos autos, por exemplo, notas fiscais em que conste a marca do cigarro normalmente utilizada.

Talvez a questão mais complicada seja mesmo a configuração do nexo causal do ponto de vista da doença.

Em alguns casos já foi comprovado cientificamente que a única causa responsável pelo aparecimento de certas doenças é o tabagismo. Assim, não haveria qualquer discussão. A simples comprovação da doença já bastaria para caracterizar o nexo causal, em que pesem julgados que excluem o nexo causal mesmo nesses casos. É, por exemplo, o caso de uma doença conhecida como doença de Buerger, que, segundo a medicina, só acomete fumantes.

Afirmam os doutrinadores contrários à responsabilização que não haveria nexo causal entre o hábito de fumar e o aparecimento de determinadas doenças porque o cigarro não seria condição necessária para o aparecimento dessas doenças e nem mesmo condição suficiente, ou seja, nem sempre o cigarro vai causar doenças e haveria outros fatores que poderiam causar essas doenças. Apesar de se concordar que realmente o cigarro não é nem condição necessária nem suficiente, discorda-se que tal poderia excluir de pronto o nexo causal.

Não se pode considerar que para haver configuração de nexo causal, que é o liame que une a conduta do agente ao dano, o cigarro deveria ser o único responsável pelo aparecimento das doenças. Em sendo ele o principal fator causador, já haveria presunção de um nexo causal. Para tanto o juiz deverá analisar através de provas testemunhais e documentais como era a vida do consumidor. Se era sedentário, se havia histórico de doenças na família etc.

A alegação de que não haveria nexo causal porque algumas pessoas fumam e não desenvolvem doença alguma é mais infundada ainda. Ora, cada um possui um organismo que reage de forma diferente em face das situações cotidianas. Não se pode penalizar aquele que desenvolveu a doença por não ter um organismo tão forte e saudável como aquele que fumou e, por sorte, não foi acometido por doença alguma.

Quanto ao ato antijurídico, critica-se o fato de que os doutrinadores desfavoráveis à responsabilização consideram que não haveria dever de indenizar porque não haveria ato ilícito, já que a atividade é considerada lícita no ordenamento jurídico brasileiro. Na atual concepção do Direito Civil Brasileiro, ato ilícito, conforme já dito, seria apenas um dos possíveis desdobramentos do ato antijurídico, dependendo sempre da comprovação de culpa, o que não se discute *in casu*, haja vista tratar-se de responsabilidade objetiva do fabricante.

Assim, por mais que os fabricantes de cigarros não pratiquem um ilícito, ou seja, culposo, estariam praticando um ato antijurídico, porque lesivo, quando colocam um produto no mercado sem informar devidamente ao consumidor os seus males ou quando, informando os males, omitem algum elemento essencial da composição do mesmo. Nesse último caso, a antijuridicidade, identificada na lesividade do produto por falta de adequada informação, estará presente se o fabricante, apesar de informar corretamente os males que o produto causa, deixa de informar acerca de um ou alguns dos componentes da fórmula. Estaria ele, assim, descumprindo o dever de informar estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor.

Alguns doutrinadores, como Tartuce, por exemplo, até mesmo alegam que haveria um ilícito por equiparação na prática de comercializar o produto sem as corretas informações dos seus males. Nesses casos, além de antijurídico, o ato também seria ilícito (TARTUCE, 2011).

Sendo ou não ilícito por comparação, bastaria ser considerado antijurídico, porque efetivamente lesivo, para que esteja presente o dever de indenizar.

Cabe lembrar que, estando presentes os requisitos mencionados, o magistrado deverá analisar o *quantum* de indenização, e, para tanto, deverá levar em conta as peculiaridades de cada caso, que já ficaram claras após a dilação probatória, como, por exemplo, se o consumidor tentou largar o hábito de fumar, se nem ao menos tentou largar o hábito, se ele tinha hábitos que pudessem somatizar

ao hábito de fumar para causar o resultado danoso, o que não exclui o nexo, mas pode reduzir o valor da indenização, entre outras circunstâncias. Todas essas ponderações serão importantes, justamente porque farão com que a indenização seja reduzida, mediante concreta averiguação do grau de concorrência da vítima.

## CONCLUSÃO

Após as considerações feitas, é possível concluir que a possibilidade de se responsabilizar o fabricante de cigarro por danos causados ao consumidor de seu produto dependerá sempre do caso concreto, merecendo crítica, portanto, os posicionamentos defendidos em abstrato e a priori no sentido de que “nunca” ou “sempre” o fabricante é responsável.

Deve-se inicialmente verificar quando o consumidor iniciou o hábito de fumar, se antes ou depois do advento do CDC, já que, como visto, não haveria argumento suficiente para justificar a possibilidade de se responsabilizar o fabricante de cigarros na primeira hipótese. Já na segunda hipótese, em que o hábito se iniciou após o advento do CDC, o fundamento é o vício de informação, a ensejar a responsabilidade objetiva do fabricante.

Assim, deve estar presente no caso concreto o vício de informação. E deverá ser demonstrado no caso concreto que o consumidor, apesar de ter conhecimento dos riscos que o produto poderia vir a causar, não sabia de todos os componentes do cigarro prejudiciais à saúde. Além disso, devem estar presentes ainda os demais requisitos, quais sejam, dano e nexos causal.

Sustentada a possibilidade de se responsabilizar o fabricante, ainda que excepcionalmente, defendeu-se a utilização da *teoria do risco concorrente*, pela qual o magistrado deve analisar as peculiaridades do caso concreto e distribuir o risco entre o consumidor e o fabricante de acordo com a colaboração de cada um para o evento danoso.

Pela *teoria do risco concorrente*, propugnada por Tartuce e adotada no presente trabalho, alguma responsabilização o consumidor haverá de ter, já que resolveu adquirir um produto sabendo ser maléfico para a saúde.

Enfim, a responsabilização do fabricante de cigarros é possível, mas excepcional, porque deverá ser comprovado algum vício de informação, o que pode se apresentar difícil (mas não impossível) contemporaneamente. E, mesmo que haja responsabilização, ela será reduzida, em maior ou menor grau, em razão da parcela de concorrência da vítima.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Ações de indenização pelo fato do produto. A aplicação da norma prescricional geral ou consumerista, segundo as regras de direito intertemporal.** [Parecer] In: Tereza Ancona Lopez (Coord.). Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **A dependência ao tabaco e a sua influência na capacidade jurídica do indivíduo. A caracterização de defeito no produto sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor.** [Parecer] In: Tereza Ancona Lopez (Coord.). Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BRASIL, Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 4 de abril de 2012.

BRASIL, Congresso Nacional. **Código Civil Brasileiro: Lei Nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 08 de março de 2012.

BRASIL, Congresso Nacional. **Código de Defesa do Consumidor: Lei Nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 15 de março de 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 7 ed. São Paulo, Atlas, 2007.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Iniciativa judicial e prova documental procedente da internet. Fatos notórios e máximas da experiência no direito probatório: a**

**determinação processual do nexo causal e os limites do poder de instrução do juiz.** [Parecer] In: Tereza Ancona Lopez (Coord.). Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

GUGLINSKI, Vitor. **A responsabilidade civil da indústria tabagista – Uma mudança de paradigma.** 2011. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/vitorguglinski/2011/12/19/a-responsabilidade-civil-da-industria-tabagista-%E2%80%93-uma-mudanca-de-paradigma/>>. Acesso em: 12 de março de 2012.

LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). **Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NETTO, Fernando Gama de Miranda. **Controle jurídico do tabagismo na perspectiva dos direitos fundamentais.** Disponível em: <<http://actbr.org.br/biblioteca/monografias.asp>>. Acesso em: 16 de abril de 2012.

REALE, Miguel. **A boa-fé no Código Civil.** 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em: 03 de outubro de 2012.

RIBEIRO, Eduardo. **Prescrição. Direito Aplicável às pretensões indenizatórias pelo fato do produto e a sucessão das leis no tempo.** [Parecer] In: Tereza Ancona Lopez (Coord.). Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco – a teoria do risco concorrente**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.