

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

GABRIELA ENNES DA SILVA

**A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA OMISSÃO NA PROIBIÇÃO DA
PRODUÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO E CONSUMO DE CIGARRO**

Juiz de Fora

2012

GABRIELA ENNES DA SILVA

**A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA OMISSÃO NA PROIBIÇÃO DA
PRODUÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO E CONSUMO DE CIGARRO**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora pela acadêmica Gabriela Ennes da Silva, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Maria Luiza Firmiano Teixeira.

Juiz de Fora
2012

GABRIELA ENNES DA SILVA

**A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA OMISSÃO NA PROIBIÇÃO DA
PRODUÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO E CONSUMO DE CIGARRO**

Monografia apresentada junto ao curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da professora Maria Luiza Firmiano Teixeira.

Aprovada em: __/__/____

Professora Maria Luiza Firmiano Teixeira (Orientadora)
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professora Flávia Lovisi Procópio de Souza
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Israel Carone Rachid
Universidade Federal de Juiz de Fora

DEDICATÓRIA

Para os meus pais, que me dedicam amor e confiança tão incondicionais, e ao meu amado, Leandro, sem o qual nada teria sido possível.

AGRADECIMENTOS

Agradeço de forma especial a querida Professora Maria Luiza Firmiano Teixeira, pela inestimável dedicação e apoio. Aos Professores Flávio Tartuce e Weslley Carlos Ribeiro, que mesmo de longe contribuíram para a realização dessa monografia. Aos professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, pela excelente contribuição em minha formação acadêmica. Sou grata também a “Casa”, por todos os momentos que passamos durante esses cinco anos. Sem vocês essa trajetória não teria sido tão prazerosa. Agradeço ainda ao meu grande amigo Raphael, pela amizade sincera que construímos e pelo fundamental auxílio na feitura dessa obra. Nunca poderia deixar de agradecer aos alicerces da minha vida, Mãe, Pai e Leandro. E, principalmente, agradeço a Deus, início, meio e fim.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise da responsabilidade do Estado pela omissão na proibição de se produzir, comercializar e consumir o cigarro. Para tanto, examina-se o caráter nocivo deste produto, analisando sua composição química, os malefícios decorrentes de seu consumo e a poluição causada pela emissão de sua fumaça. Busca-se na sequência dar ênfase a posição inerte do Estado diante da situação atual, o que colide com o seu dever constitucional de proteger a saúde da população. Destaca-se que o fato da nicotina não estar inserida na lista de substâncias psicotrópicas, apesar de ser assim reconhecida pela comunidade científica, associada a questionável rentabilidade proveniente do cigarro, bem como a restrição à liberdade de fumar em face da preservação da saúde, direito este indisponível, permanece justificando o não enfrentamento jurídico da questão, evitando, desta forma, o enquadramento do cigarro como um produto de alto grau de nocividade e periculosidade. Enfim, será defendida a ilicitude do cigarro, por ser reconhecido atualmente pela ciência e pelo próprio Poder Público a sua nocividade, assim como a impossibilidade de se estipular nível seguro de consumo, combinado ainda com o fato de que a sua permissão não tutela outro bem digno de proteção. A partir de tal constatação, advoga-se, ademais, a responsabilidade civil objetiva do Estado pelos danos individuais e sociais que o cigarro ocasiona.

PALAVRAS-CHAVE: Cigarro. Tabagismo. Direito à saúde. Estado. Omissão. Responsabilidade Civil.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Classificação Internacional de Doenças.....	13
--	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. CIGARRO: UM GRAVE PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA.....	10
1.1 As substâncias presentes no cigarro.....	10
1.2 Nicotina: uma droga poderosa.....	11
1.3 O conceito de saúde e a conseqüente constatação do tabagismo como doença.....	12
1.4 As doenças causadas pelo tabagismo.....	14
1.5 Poluição Tabágica Ambiental	15
1.6 Dados e números: tabagismo direto e indireto.....	16
2. A OMISSÃO DO ESTADO NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE.....	19
2.1 Saúde: Direito de todos e dever do Estado.....	19
2.2 Análise jurídica da substância nicotina.....	20
2.3 O impacto do tabagismo na economia do Brasil	21
2.4 Autonomia da vontade X Direito à saúde	24
2.5 Nível de periculosidade e nocividade: enquadramento do cigarro a partir de sua qualidade.....	26
2.6 O equívoco e a incoerência em não se proibir o cigarro.....	29
3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	33
3.1 Responsabilidade civil do Estado por omissão.....	33
3.2 Divergência doutrinária: responsabilidade subjetiva X responsabilidade objetiva pelos atos omissivos do Estado.....	34
3.3 Responsabilidade objetiva do Estado por omissão: a questão do cigarro.....	36
3.4 Pressupostos da responsabilidade civil objetiva.....	37
3.4.1 Dano.....	37
3.4.1.1 Dano individual.....	38
3.4.1.2 Dano Social.....	39
3.5 Nexô de causalidade.....	41
CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	48

INTRODUÇÃO

O trabalho monográfico que será desenvolvido tem por escopo a análise e o debate da responsabilização civil do Estado, mesmo que por omissão, pelos danos oriundos da livre utilização do cigarro, tendo em vista os ditames da responsabilidade civil e a realidade fática da indústria do fumo.

A República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, situação jurídica esta que faz com que o Estado deva seguir as normas que ele mesmo criou. No entanto, no que se refere aos preceitos concernentes à saúde, notadamente o artigo 196 da Constituição Federal, que estabelece ser a saúde um dever do Estado, este se mostra omissos com relação ao tabagismo.

Hodiernamente, a Organização Mundial da Saúde (OMS) entende que o tabagismo é uma epidemia global e classifica a dependência ao tabaco como doença mental e como desordem de comportamento com indicação no Código Internacional de Doenças (CID) pelo código: F17.

Dentre os produtos tabagistas, a forma mais popular no comércio é o cigarro. Este possui em sua composição substâncias tóxicas, cancerígenas e até radioativas. O poder viciogênico deste produto, por sua vez, advém da substância nicotina, considerada unanimemente pela ciência como um psicotrópico.

O Estado, então, atualmente, obriga as indústrias de tabaco a inserir nos maços de cigarros advertências sobre os malefícios do produto. Dentre esses avisos está o de que nicotina é uma droga e causa dependência. No entanto, ela não está incluída na lista de substâncias psicotrópicas, conseqüentemente não se sujeita a controle especial e não necessita de autorização para a sua circulação.

De acordo com a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº335, de 21 de novembro de 2003, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), não existem níveis seguros de consumo das substâncias presentes no cigarro. Assim, qualquer nível de consumo deste produto deixa o usuário e as pessoas ao seu redor expostas a milhares de substâncias tóxicas que podem causar inúmeras doenças graves e pode levar ainda, em muitas das vezes, à morte.

Desta forma, o cigarro deveria integrar o rol de produtos que apresentam alto grau de nocividade e periculosidade à saúde, tendo em vista que a sua utilização gera um risco de prejuízo inaceitável.

Para demonstrar o tema, utilizar-se-á de pesquisas bibliográficas nas áreas de Direito

Constitucional, Direito Civil e Direito Penal, analisando-se obras, artigos e jurisprudência, por meio, principalmente, do método lógico-dedutivo.

No primeiro capítulo, examina-se a complexa composição do cigarro; o poder viciogênico da nicotina; os malefícios à saúde decorrentes do uso de cigarro; a nocividade da Poluição Tabágica Ambiental (PTA); e, as estatísticas relacionadas ao tabagismo.

O segundo capítulo, por sua vez, demonstra a partir de várias constatações, que o Estado se mostra omissivo no seu dever de proteção da saúde da população, quais sejam, ser a saúde um direito fundamental de todos e obrigação do Estado; o fato da nicotina ser uma substância psicotrópica, mas juridicamente não poder ser assim considerada, haja vista não estar inserida na lista de substâncias psicotrópicas; o dano econômico que o cigarro causa ao Estado; a necessidade de se mitigar a liberdade frente ao valor constitucional saúde; o enquadramento do cigarro como um produto de alto grau de nocividade e periculosidade; e, a premente necessidade de se proibir a produção, comercialização e consumo de cigarro.

No terceiro, por último, defende-se a responsabilidade civil objetiva do Estado pelos danos individuais e sociais advindos do tabagismo, haja vista ser o cigarro um produto ainda lícito.

1. CIGARRO: UM GRAVE PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA

1.1 As Substâncias presentes no cigarro

Na fumaça do cigarro são identificadas aproximadamente 4.700 substâncias tóxicas diferentes, dentre elas gases e partículas cancerígenas, substâncias radioativas, agrotóxicos utilizados no plantio da folha de tabaco, assim como agentes químicos adicionados ao cigarro a fim de torná-lo mais palatável, propiciar uma maior liberação de nicotina, garantir a queima constante do seu papel e a não fragmentação de sua cinza.¹

Lúcio Delfino expõe como algumas dessas substâncias, próprias do tabaco ou decorrentes do processo de industrialização do cigarro, afetam a saúde:

O monóxido de carbono tem afinidade com a hemoglobina presente nos glóbulos vermelhos do sangue, que transportam oxigênio para todos os órgãos do corpo. A ligação do CO com a hemoglobina forma o composto chamado carboxihemoglobina, que dificulta a oxigenação do sangue, privando alguns órgãos do oxigênio e causando doenças como a aterosclerose.

O benzopireno é uma substância derivada do petróleo e altamente cancerígena.

O Cádmio (Cd) é um metal altamente tóxico, utilizado em pilhas e baterias. Causa danos aos rins e ao cérebro. Corrói o trato respiratório, provoca perda de olfato e edema pulmonar. A quantidade existente nos cigarros, apesar de pequena, acumula-se no organismo, levando até 20 anos para ser expelida. Com o tempo, o cádmio potencializa seus efeitos tóxicos.

A amônia (NH₃) é utilizada para limpeza de pisos e azulejos. Pode cegar e até matar. Causa dependência. No cigarro, ela é encontrada em pequenas quantidades e, segundo as indústrias fumígenas, sua função seria a de acentuar o sabor do cigarro.

A acetona (C₃H₆O) é utilizada para remover esmaltes. Substância entorpecente e inflamável. Encontrasse presente na fumaça do cigarro. Em pequenas quantidades irrita a pele e a garganta, provoca dor de cabeça e tontura.

O formol (CH₂O) é utilizado, basicamente, para conservação de cadáveres. Nos vivos causa câncer no pulmão, problemas respiratórios e gastrintestinais.

O propilenoglicol (C₃H₈O₂) é usado em desodorantes e “sprays”. Faz com que a nicotina chegue ao cérebro. Utilizado como umectante para hidratar o tabaco já que 30% (trinta por cento) do cigarro é formado por um composto de folhas baratas, resto de fumo e poeira.

O acetato de chumbo [Pb(CH₃CO₂)₂] é uma substância cancerígena, cumulativa no corpo humano. Quando inalado ou ingerido, atrapalha o crescimento de crianças e adolescentes. A exposição prolongada ao produto causa câncer nos pulmões e nos rins. Provoca, ainda, anorexia e dor de cabeça.

O methoprene (mata-moscas) é uma das substâncias químicas liberadas na queima do cigarro. Provoca irritação na pele e lesões no aparelho respiratório.

A naftalina (C₁₀H₈) é usada para matar baratas. É um gás venenoso sintetizado em forma de bolinhas o qual provoca tosse, irritação na garganta, náuseas, transtornos gastrintestinais e anemias. Os níveis de naftalina no cigarro são menores que a quantidade recomendada, mas o contato prolongado com a substância ataca rins e

¹DELFINO, Lúcio. **Responsabilidade Civil & Tabagismo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 35-36.

olhos.

O fósforo (P4 ou P6) entra na preparação de veneno para ratazana, como Racumin. Venenoso e letal, dependendo da porcentagem ingerida. As indústrias recusam-se a informar qual quantidade dessa substância é adicionada aos cigarros.

A terebentina é uma substância tóxica extraída de resina de pinheiros e utilizada para diluir tintas a óleo e limpar pincéis. A inalação irrita olhos, rins e mucosas. Provoca vertigens, desmaios e danos ao sistema nervoso. A quantidade dessa substância existente no cigarro nunca foi revelada.

O xileno (C8H10) é uma substância inflamável e cancerígena presente nas tintas de caneta. Sua inalação irrita os olhos, causa tontura, dor de cabeça e perda de consciência. Se ingerida provoca pneumonia. Por causa dos riscos que oferece à saúde, as indústrias estão retirando o produto das canetas.

O butano (C4H10) é utilizado como gás de cozinha. É mortífero e altamente inflamável. Quando inalado vai direto para os pulmões, toma o lugar do oxigênio e é bombeado para o sangue. Causa falta de ar, problemas de visão e coriza. Cheirar butano é mais prejudicial que fumar crack.

São encontrados nos cigarros inúmeros metais, tais como: alumínio (Al), associado ao desenvolvimento de enfisemas e hipertensão; cobre (Cu), associado ao desenvolvimento de enfermidades coronárias; níquel (Ni), que relacionado com o monóxido de carbono forma um composto químico altamente cancerígeno; cromo (Cr), associado ao desenvolvimento do câncer; dentre outros.²

Constata-se assim, que a composição química desse produto é muito mais complexa e extensa do que as substâncias anunciadas em seu rótulo e que, conforme afirma o pneumologista Alberto Araújo, presidente da Comissão de Tabagismo da Sociedade Brasileira de Pneumologia, não existe nenhum componente no cigarro que não seja nocivo a nossa saúde.³

1.2 Nicotina: uma droga poderosa

Encontrada tanto na fase gasosa quanto na fase particulada da fumaça proveniente da combustão do cigarro, a nicotina, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), é uma droga psicoativa que causa dependência. Ela age no sistema nervoso central como a cocaína, porém chegando mais rápido ao cérebro, por volta de nove segundos depois de tragado o produto fumígeno derivado do tabaco. O seu poder viciogênico é maior que o de qualquer outra droga legal ou ilegal – oitenta por cento das pessoas que a experimentam acabam dependentes.⁴

²DELFINO, Lúcio. **Responsabilidade Civil & Tabagismo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 35-36.

³GONÇALVES, Carolina. **Descubra as substâncias do cigarro que são nocivas à saúde**. Disponível em: <<http://www.minhavidacom.br/saude/materias/13305-descubra-as-substancias-do-cigarro-que-sao-nocivas-a-saude>>. Acesso em: 15 de mai. de 2012.

⁴RIBEIRO, Wesley Carlos. Uma análise da responsabilidade civil por danos coletivos causados pelo tabaco. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira (org.) **Direito processual em movimento**. vol. II. Curitiba: CRV, 2012,

A nicotina é reforçadora da motivação de fumar e com o decorrer da sua utilização, a sensibilidade do dependente diminui, o organismo passa a exigir então, doses maiores de nicotina para obter os mesmos efeitos que inicialmente eram produzidos por doses menores.⁵

A supressão dessa substância ocasiona vários sintomas desagradáveis, dentre eles irritabilidade, um forte desejo de fumar, inquietação, ansiedade, os quais são quase sempre insuportáveis e desaparecem rapidamente com uma nova dose de nicotina, que ocasionará uma sensação de prazer, tendo em vista a crise de abstinência sofrida pelo dependente. Dessa forma, a afirmação de que a nicotina acalma e estabiliza o humor é equivocada e errônea, pois ela só alivia os sintomas que estão sendo provocados pela sua própria falta.⁶

Ademais, essa substância, verificada principalmente na planta de tabaco e que pode ser modificada geneticamente visando o aumento do seu teor na planta, atua não só no cérebro, como decorrência da dependência que gera, mas também em outros sistemas do corpo, como o muscular, ósseo, cardíaco e vascular, haja vista a vasoconstrição que proporciona.⁷

Consoante ensina José Rosemberg, um dos mais conceituados especialistas no assunto, a nicotina é mais difundida, possui maior toxidez, letalidade e capacidade de desenvolver dependência do que a cocaína, heroína, maconha e álcool.⁸

Enfim, os pareceres, relatórios e estudos são unânimes em caracterizar a nicotina como um psicotrópico, porém, juridicamente, ela não pode ser assim considerada, uma vez que o Brasil não a insere no rol de substâncias psicotrópicas.

1.3 O conceito de saúde e a conseqüente constatação do tabagismo como doença

O termo conceitual saúde outrora foi entendido como carência de enfermidades. No entanto, atualmente, a Organização Mundial de Saúde consolidou o entendimento de que a definição de saúde não implica somente na ausência de doença, mas o perfeito bem-estar físico, mental e social. Postura expressamente adotada pelo Brasil ao promulgar, na forma do Decreto 3321/99, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - “Protocolo de São Salvador”, que

p.186.

⁵ROSEMBERG, José. **Nicotina. Droga Universal**. São Paulo: SES/CVE, 2003, p.23.

⁶DELFINO, Lúcio. **Responsabilidade Civil & Tabagismo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 45.

⁷Ibidem, p. 37.

⁸ROSEMBERG, op. cit., p. 96.

estabelece no art. 10 que: “Toda pessoa têm direito à saúde, compreendendo-se como saúde o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social”.⁹

Verificamos ainda, através do mesmo dispositivo legal supramencionado, que a saúde passa a ser considerada como bem público, senão vejamos: “A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados-Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público (...)”.

No entanto, esse direito é lesionado ao constatarmos a dependência que a nicotina provoca e a influência negativa do cigarro sobre a saúde em relação ao “bem estar mental”, fatores esses que levaram a OMS a classificar o tabagismo como doença mental e como desordem de comportamento, estando inserido no Código Internacional de Doenças, como se verifica no quadro 1 abaixo demonstrado:¹⁰

Quadro 1: Classificação Internacional de Doenças – CID 101

F 17	Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de fumo
F 12.2	Síndrome de dependência nicotínica
F 17.3	Estado de abstinência nicotínica
Z 72	Problemas relacionados com o estilo de vida
Z 81.2	História de abuso de fumo
T 65.2	Efeito tóxico do tabaco e da nicotina

Fonte: RIBEIRO. Wesley Carlos. Uma análise da responsabilidade civil por danos coletivos causados pelo tabaco. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira (org.). **Direito processual em movimento**. vol. II. Curitiba: CRV, 2012, p. 187.

Como dito acima, um dos fatores que propiciaram o reconhecimento do próprio tabagismo como doença é a grande dificuldade dos fumantes em abandonar o tabaco, devido à dependência originada pela nicotina. Nesse particular aspecto, muito já foi defendido que para se deixar de fumar, bastava a vontade, o querer. No entanto, as evidências científicas comprovam que, na prática, mesmo querendo, é muito difícil abandonar o consumo de tabaco. Sem um adequado tratamento com remédios e terapias, os usuários tentam por diversas vezes interromper o vício, sem, porém, obter êxito.¹¹

Conforme evidencia o mestre José Rosemberg, com o aumento do consumo de tabaco, aumenta-se a nicotino-dependência e conseqüentemente a compulsão por fumar. A dependência ao tabaco é o melhor exemplo de doença crônica com remissões e recaídas

⁹ RIBEIRO. Wesley Carlos. Uma análise da responsabilidade civil por danos coletivos causados pelo tabaco. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira (org.). **Direito processual em movimento**. vol. II. Curitiba: CRV, 2012, p. 186.

¹⁰ *Ibidem*, p. 187.

¹¹ DELFINO, Lúcio. **Responsabilidade Civil & Tabagismo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 24-25.

periódicas.¹²

Essa dependência gerada, juntamente com a propagação da utilização do tabaco, levaram ao reconhecimento de que, hodiernamente, existe uma epidemia de tabagismo, da qual decorre milhares de dependentes e inúmeros malefícios reconhecidos mundialmente, tanto que por unanimidade, foi aprovado, em 21 de maio de 2003, pelos 192 Estados membros da OMS, em Genebra, Suíça, a Convenção – Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT). Documento assinado pelo Brasil, aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 1.012, de 27 de outubro de 2005, ratificado pelo Governo Brasileiro em 03 de novembro de 2005 e que vigora no país desde a publicação do decreto 5.658, de 2 de janeiro de 2006.¹³

A referida Convenção, aduz que o consumo e a exposição à fumaça do tabaco geram consequências sanitárias, sociais e econômicas. Desta forma, como se verifica no primeiro parágrafo do seu Preâmbulo, ela se destina a dar prioridade ao direito de proteção à saúde pública.

1.4 As doenças causadas pelo tabagismo

De acordo com os dados apresentados pelo Instituto Nacional de Câncer (INCA), o cigarro causa diversos efeitos de curto prazo provenientes da fumaça tabágica, quais sejam, irritação nos olhos, manifestações nasais, tosse e cefaleia, aumento dos problemas alérgicos e cardíacos, e diminuição da mobilidade dos cílios pulmonares, responsáveis por removerem a sujeira do pulmão; os riscos de médio e longo prazo, por sua vez, são responsáveis pelo surgimento de aproximadamente cinquenta tipos de doenças, dentre as quais estão as doenças cardiovasculares, coronarianas, cerebrovasculares, respiratórias obstrutivas crônicas e o câncer¹⁴ em oito órgãos (boca, laringe, pâncreas, rins, bexiga, pulmão, colo de útero e esôfago)¹⁵. Ressalta-se, por oportuno, a afirmação da medicina de que não existe consumo regular de tabaco isento de risco e de que há uma relação linear da mortalidade com o número

¹²ROSEMBERG, José. **Nicotina. Droga Universal**. São Paulo: SES/CVE, 2003, p. 27.

¹³RIBEIRO, Wesley Carlos. Uma análise da responsabilidade civil por danos coletivos causados pelo tabaco. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira (org.) **Direito processual em movimento**. vol. II. Curitiba: CRV, 2012, p. 187.

¹⁴BOEIRA, Sérgio Luiz; GUIVANT, Julia Silvia. **Indústria de tabaco, tabagismo e meio ambiente: as redes ante os riscos**. Cadernos de Ciência & Tecnologia, Brasília, v.20, n.1, p. 45-78, jan/abr. 2003, p. 51-52.

¹⁵HEREZ, Santos. **O cigarro contra legem**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/37733/3>>. Acesso em: 10 de mai. de 2012.

de cigarros consumidos por dia e o tempo que se fuma.¹⁶

Assevera a Diretora Geral Assistente da OMS encarregada de Doenças não Transmissíveis e Saúde Mental, Ala Alwan, que:

“Embora muitas pessoas associem o tabaco a doenças não transmissíveis como o câncer, doenças respiratórias e cardíacas, o tabaco é também uma grande causa de doenças transmissíveis. A tuberculose está sendo avaliada como um caso em que a doença fica em estado dormente ou latente até ser ativada pelo uso do tabaco.”¹⁷

Ademais, importante dizer que, as enfermidades ocasionadas pelo tabaco atingem tanto os fumantes quanto os não-fumantes. Dentre esses últimos estão as pessoas expostas à fumaça do cigarro e as famílias fumicultoras que entram em contato direto com a planta úmida, a qual libera nicotina, sendo, então, absorvida pela epiderme e pelo cheiro das folhas durante a secagem nas estufas.¹⁸

1.5 Poluição Tabágica Ambiental

O tabagismo passivo ou involuntário é definido como a inalação da fumaça de derivados do tabaco por indivíduos não-fumantes.¹⁹

A conseqüente poluição gerada pela queima do cigarro é composta da soma da fumaça exalada pelo fumante mais a fumaça que sai da ponta acesa do cigarro. A primeira, é denominada de “corrente principal” e contém em média um sétimo das substâncias voláteis e particuladas do total inalado; a segunda, por sua vez, chamada de “corrente secundária”²⁰, é a mais importante causadora da poluição e contém os mesmos compostos tóxicos e cancerígenos que a fumaça tragada pelo fumante, porém em níveis bem mais elevados, pois enquanto fica no ar, ela sofre reações químicas que a torna mais tóxica: 3 vezes mais nicotina,

¹⁶ROSEMBERG, José. **Nicotina. Droga Universal**. São Paulo: SES/CVE, 2003, p.127.

¹⁷ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Fumo mata um adulto a cada seis segundos, estima a OMS**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/fumo-mata-um-adulto-a-cada-seis-segundos-estima-estudo-da-oms/>>. Acesso em: 16 de mai. de 2012.

¹⁸BOEIRA, Sérgio Luiz; GUIVANT, Julia Silvia. **Indústria de tabaco, tabagismo e meio ambiente: as redes ante os riscos**. Cadernos de Ciência & Tecnologia, Brasília, v.20, n.1, p. 45-78, jan/abr. 2003, p. 51-52.

¹⁹INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER. **Tabagismo passivo**. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=passivo&link=tabagismo.htm>>. Acesso em: 18 de mai. de 2012.

²⁰ROSEMBERG, op. cit., p. 84.

3 vezes mais monóxido de carbono, e até 50 vezes mais substâncias cancerígenas.²¹

Muitos desses não-fumantes, portanto, acabam por adquirir as diversas doenças provadas pelo tabaco e até mesmo morrem por conta delas, sem nunca terem voluntariamente fumado um único cigarro.

Destaca-se ainda que os poluentes do cigarro dispersam-se homoganeamente no ambiente, de tal forma, que os não-fumantes posicionados próximos ou distantes dos tabagistas, acabam inalando as mesmas quantidades de substâncias tóxicas.²²

Dados científicos da OMS e outros relatórios indicam que não existem níveis de exposição aceitável à fumaça do cigarro nem sistemas de renovação do ar suficientemente eficientes para a eliminarem completamente.

Inferese assim, que a separação de fumantes, dos não-fumantes, em qualquer recinto, tem efeito meramente psicológico, sem qualquer aparato científico. Com isso, o ambiente só estará isento da poluição tabágica e as pessoas só terão suas saúdes resguardadas, se não houver qualquer tabaco aceso.²³

Em suma, a ciência já comprovou que a Poluição Tabágica Ambiental é extremamente nociva à saúde por ser tóxica e cancerígena²⁴, o que acarreta mortes, doenças e incapacidades (artigo 8º da Convenção – Quadro para o Controle do Tabaco), constituindo, assim, um grave problema de saúde pública mundial.

1.6 Dados e números: tabagismo direto e indireto

A Organização Mundial da Saúde divulgou o relatório “Mortalidade Atribuída ao Tabaco”, um estudo no qual revela que aproximadamente cinco milhões de pessoas morrem por ano em decorrência do tabaco. A estimativa representa uma morte a cada seis segundos. A OMS calcula ainda que um bilhão de pessoas podem morrer neste século.²⁵ Destaca-se que o

²¹AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Exposição Involuntária a fumaça**. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/Inicio/Derivados+do+Tabaco/Assuntos+de+Interesse/Danos+A+Saude/exposicao+involuntaria+a+fumaca>>. Acesso em: 18 de mai. de 2012.

²²ROSEMBERG, José. **Nicotina. Droga Universal**. São Paulo: SES/CVE, 2003, p. 84.

²³Ibidem.

²⁴MELO, Raimundo Simão de. **Dois anos da lei antifumo de São Paulo: Um bom exemplo de proteção da vida e da saúde humana**. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/689_Artigo_Raimundo_Simao_de_Melo.pdf>. Acesso em: 18 de mai. de 2012.

²⁵OMS diz que cigarro pode matar um bilhão. Disponível em: <<http://www.diarioonline.com.br/noticia-192731-oms-diz-que-cigarro-pode-matar-um-bilhao.html>>. Acesso em: 16 de mai. de 2012.

tabaco foi responsável pela morte de 100 milhões de pessoas no século passado.²⁶

A pesquisa da OMS considerou a mortalidade do uso direto de cigarro entre adultos de 30 anos ou mais, não considerando crianças, jovens e mortes indiretas. Os dados são de 2004, anterior à Convenção-Quadro da OMS sobre a Luta Anti-Tabaco entrar em vigor e requerer restrições para o setor.²⁷

No Brasil, o tabagismo é responsável pela morte de 200 mil pessoas todos os anos. Atualmente, existem cerca de 25 milhões de fumantes em nosso país. A prevalência de fumantes é de 17,2% da população de quinze anos ou mais.²⁸

Ao tabagismo foram atribuídas cerca de 5% das mortes por doenças transmissíveis em todo o mundo e 14% das mortes por doenças não transmissíveis entre adultos.²⁹

De acordo com o estudo das Nações Unidas, a maior proporção de óbitos pelo consumo de tabaco ocorre nas Américas e na Europa, regiões que fazem uso do fumo há mais tempo.

As estatísticas demonstram que 45% das mortes por infarto do miocárdio na faixa etária abaixo de 65 anos, 85% das mortes por doença pulmonar obstrutiva crônica, 25% das mortes por doença vasculares, entre elas, derrame cerebral, 25% das mortes por doença coronariana, 90% das mortes por câncer do pulmão – os tabagistas têm cerca de 20 a 30 vezes mais risco de desenvolver esse tipo de câncer - e 30% das mortes decorrentes de outros tipos de câncer têm correlação com o tabagismo.³⁰

Segundo dados da OMS, os fumantes têm sua expectativa de vida reduzida de 10 a 15 anos. Como se não bastasse viver menos, o fumante adquire ainda uma taxa de envelhecimento acelerada.³¹

De acordo com a OMS ainda, o número de mortes causadas por doenças associadas ao consumo de tabaco é superior as mortes por Aids, cocaína, heroína, álcool, acidente de

²⁶UN urges concerted global action to stem deadly toll from tobacco use. Disponível em: <<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=38555&Cr=tobacco&Cr1=&Kw1=tobacco&Kw2=&Kw3=>>. Acesso em: 16 de mai. de 2012.

²⁷ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Fumo mata um adulto a cada seis segundos, estima a OMS.** Disponível em: <<http://www.onu.org.br/fumo-mata-um-adulto-a-cada-seis-segundos-estima-estudo-da-oms/>>. Acesso em: 16 de mai. de 2012.

²⁸BRASIL. Ministério da Saúde. **Publicada resolução que restringe aditivo em cigarros.** Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/anvisa+portal/anvisa/sala+de+imprensa/menu++noticias+anos/2012+noticias/publicada+resolucao+que+restringe+aditivos+em+cigarros>>. Acesso em: 16 de mai. de 2012.

²⁹OMS diz que cigarro pode matar um bilhão. Disponível em: <<http://www.diarioonline.com.br/noticia-192731-oms-diz-que-cigarro-pode-matar-um-bilhao.html>>. Acesso em: 16 de mai. de 2012.

³⁰INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER. **Tabagismo no mundo.** Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=dadosnum&link=mundo.htm>>. Acesso em 17 de mai. de 2012.

³¹HEREZ, Santos. **O cigarro contra legem.** Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/37733/3>>. Acesso em: 10 de mai. de 2012.

trânsito, incêndio e suicídios.³² O tabagismo passivo é a 3ª maior causa de morte evitável no mundo, subsequente ao tabagismo ativo e ao consumo excessivo de álcool.³³ Diante disso, o tabagismo é considerado como a principal causa de morte evitável em todo o mundo.³⁴

Com relação ao tabagismo passivo especificamente, os dados do INCA revelam que, no Brasil, pelo menos 2,6 mil não fumantes morrem devido a doenças provocadas por esse mal³⁵, ou seja, pelo menos sete pessoas todos os dias morrem em consequência do contato com as substâncias tóxicas do cigarro.³⁶ O relatório da OMS, por sua vez, informa que, no mundo, aproximadamente 600 mil fumantes passivos morrem todos os anos.³⁷

Pessoas que não fumam, mas que estão expostos à fumaça do cigarro, têm 30% mais chance de desenvolver câncer de pulmão e 24 % a mais de sofrer infarto e doenças cardiovasculares.³⁸

Conclui-se que coerente aos dados apresentados, está a consideração pela OMS de que o tabagismo constitui uma pandemia. Desta forma, revela-se importante um olhar mais atento das autoridades políticas quanto à responsabilidade estatal para o combate efetivo desta doença avassaladora.

³²SILVA, Antonia de Oliveira; SOUZA, Cristina Maria Miranda de; GASPAR, Maria Filomena Mendes; PAREDES, Maria Adelaide Silva; TURA, Luiz Fernando Rangel; JESUÍNO, Jorge Correia. Tabaco e saúde no olhar de estudante universitários. **Revista Brasileira de Enfermagem**, Brasília, p. 423-427, 2008. Disponível em: <http://www.tabacozero.net.br/uploads/conteudo/358_Tabaco_e_saude_no_olhar_de_estudantes_universitarios.pdf>. Acesso em 16 de mai. de 2012.

³³BRASIL. Ministério da Saúde. **Número de fumantes segue em queda no Brasil**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/4819/785/numero-de-fumantes-segue-em-queda-no-brasil.html>>. Acesso em: 18 de mai. de 2012.

³⁴INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER. **Tabagismo: Danos e Números**. Disponível em: www.inca.gov.br/tabagismo/dadosnum/inicial.asp?pagina= mundo. Acesso em: 19 de mai. de 2012.

³⁵BRASIL. Ministério da Saúde. **Número de fumantes segue em queda no Brasil**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portal/saude/noticia/4819/785/numero-de-fumantes-segue-em-queda-no-brasil.html>>. Acesso em: 18 de mai. de 2012.

³⁶CIGARROS matam sete fumantes passivos por dia, apontam dados do Inca. Disponível em: <http://www.uniad.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=6022:cigarro-mata-sete-fumantes-passivos-por-dia-apontam-dados-do-inca&catid=34:se-liga-noticias&Itemid=180>. Acesso em: 18 de mai. de 2012.

³⁷OMS diz que cigarro pode matar um bilhão. Disponível em: <http://www.diarioonline.com.br/noticia-192731-oms-diz-que-cigarro-pode-matar-um-bilhao.html>. Acesso em: 18 de mai. de 2012.

³⁸BRASIL. Ministério da Saúde. **Número de fumantes segue em queda no Brasil**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portal/saude/noticia/4819/785/numero-de-fumantes-segue-em-queda-no-brasil.html>>. Acesso em: 18 de mai. de 2012.

2. A OMISSÃO DO ESTADO NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

2.1 Saúde: Direito de todos e dever do Estado

A República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito e a sua lei máxima é a Constituição Federal, composta por um conjunto de normas fundamentais que devem ser respeitadas por todos, inclusive pelo Estado.

A Carta Magna, em seus artigos 6º e 196, elenca a saúde como um direito fundamental social de todos e obrigação do Estado, sendo, assim, um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas e eivado de aplicabilidade imediata.

Com isso, exige-se do Poder Público uma atuação efetiva para se proteger a saúde, a fim de que todas as garantias e princípios fundamentais existentes no ordenamento jurídico brasileiro sejam respeitados, tais como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

Com efeito, o direito à vida, considerado como um direito humano por todas as declarações internacionais, foi inserido na Carta Federal como direito fundamental dotado de primazia e intangibilidade, traduzindo-se em um pressuposto indispensável para aquisição e o exercício de todos os demais direitos.

Ao positivar o direito à saúde e à vida, portanto, a Constituição Federal enfatiza o respeito a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, III, da CF. Diante disso, qualquer posicionamento do Poder Público que afronte o direito à saúde e à vida terá, como consequência, o desrespeito à dignidade da pessoa humana, uma vez que são valores elevados a categoria de fundamentais pela nossa Carta Máxima.³⁹

Enfim, constata-se que a inobservância de quaisquer dos direitos acima dispostos acarretará no enfraquecimento ou na desconsideração dos valores básicos elencados pela Constituição, o que além de inadmissível, é inconstitucional.

A postura do Estado nessa garantia da saúde, portanto, é exatamente o que nos faz analisar se os preceitos constitucionais, aqui em exame, estão sendo respeitados no que se refere a questão do cigarro, especialmente pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, tendo em vista a Lei nº 9.782/99 a considerar como instituição responsável pela

³⁹SPITZCOVSKY, Celso. **O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde**. Disponível em: <<http://www.scma.com.br/service4.html>>. Acesso em: 17 de set. de 2012.

regulamentação, controle e fiscalização dos produtos que possam afetar a saúde da população brasileira⁴⁰.

2.2 Análise Jurídica da substância nicotina

De acordo com a definição inserida no artigo 1º da Portaria da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS) nº 344, de 12 de maio de 1998 da ANVISA, “psicotrópico é uma substância que pode determinar dependência física ou psíquica e relacionada, como tal, nas listas aprovadas pela Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, reproduzidas nos anexos deste Regulamento Técnico”.

Constata-se ademais, pelo exame da Resolução - RDC nº 39, de 9 de julho de 2012 da ANVISA, que a nicotina não está inserida no rol de substâncias psicotrópicas sujeitas a controle especial.

No entanto, a Resolução – RDC nº 335, de 21 de novembro de 2003 da ANVISA, que dispõe sobre as embalagens de cigarro, impõe ser impressa em todas elas a frase: “Este produto contém mais de 4.700 substâncias tóxicas, e nicotina que causa dependência física ou psíquica. Não existem níveis seguros para consumo destas substâncias”.

Verifica-se, assim, um total contrassenso por parte do Ministério da Saúde que, por um lado, reconhece a toxicidade, o poder viciogênico e os malefícios que o consumo da nicotina provoca, e, de outro, não exerce um efetivo controle governamental pela Agência de Vigilância Sanitária sobre a nicotina.

Absurdo ainda é o fato de o Estado admitir, por vias transversas, como alhures demonstrado, ser a nicotina uma droga poderosa causadora de dependência, e concomitantemente permitir a comercialização dessa substância, sem que haja uma devida e expressa autorização legal ou regulamentar, o que vai de encontro com o estabelecido no artigo 2º, *caput*, da Lei 11.343/06:

Art. 2º. Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viana, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de

⁴⁰AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Agência**. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/agencia>>. Acesso em: 17 de set. de 2012.

uso estritamente ritualístico-religioso.

Forçoso é perceber, portanto, que no Brasil não há norma alguma que autorize a comercialização de nicotina, haja vista ser esse composto orgânico comercializado no país como se um psicotrópico não fosse.⁴¹

Outrossim, infere-se que não se aplicam às disposições da Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06) para a nicotina, uma vez que de acordo com o parágrafo único do artigo 1º dessa legislação, só se consideram como substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica, aquelas que, previamente, estiverem constando em lei ou forem elencadas em portaria ou resolução do órgão competente do Poder Executivo Federal.

Observa-se, então, que o Estado, por meio das advertências sobre os malefícios do ato de fumar impostas pelo Ministério da Saúde, obrigatoriamente inseridas nos maços de cigarro pelas indústrias de tabaco, reconhece a prática de uma conduta tipificada como crime no Brasil pela Lei de Tóxicos, em seu artigo 33, qual seja, importar, exportar, preparar, produzir e fabricar substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica sem autorização legal ou regulamentar, entretanto mantém-se inerte.

O Estado, nesse contexto, parece rendido ao poderio das indústrias fumígenas, sendo cúmplice com as suas atividades, e pior, agindo de forma preponderante para a conservação do aludido poder, eis que faticamente a nicotina se apresenta como uma substância psicotrópica. No entanto, juridicamente ela não pode ser enquadrada nessa categoria, posto que não é incluída pelo Poder Público na lista específica.

2.3 O impacto do tabagismo na economia do Brasil

O imenso poder da indústria do tabaco, que advém dos seus faturamentos e lucros exorbitantes, só tem aumentado, mesmo com as inúmeras medidas do governo no combate ao cigarro, tais como proibição do fumo em locais fechados, proibição de aditivos de sabor e aroma, e proibição de propaganda. A empresa Souza Cruz S.A., por exemplo, maior fabricante de cigarros no Brasil, teve os seus papéis na Bovespa valorizados em 1775%, o que representa cinco vezes mais que o índice dessa própria bolsa nos últimos dez anos. Essa alta foi uma das

⁴¹DELFINO, Lúcio. **Responsabilidade Civil das Indústrias Fumígenas e o Código de Defesa do Consumidor**. Revista Jurídica UNIJUS, Uberaba-MG, V.8, n.9, nov. 2005, p. 36.

maiores do país, sendo superior à das ações de empresas como a Ambev, a Gerdau, o Itaú o Unibanco e até a Vale.⁴²

As receitas da Souza Cruz, de 2007 a 2010, aumentaram 14%, e o lucro operacional, 26%. A rentabilidade sobre o patrimônio chegou a 67%, sendo a maior do setor de bens de consumo e a quinta mais elevada da Bovespa. Além disso, no auge do caos do mercado financeiro mundial, os papéis dessa mega empresa caíram apenas 2%. No ano passado, a alta chegou a 34%, e o Ibovespa perdeu 18%. Isso demonstra o desempenho excepcional desse ramo de empresa.⁴³

Esse sucesso da indústria do fumo, por sua vez, gera uma grande quantidade de empregos na atividade, além de altas receitas em impostos para o Estado. A primeira vista, parece ser algo de excelente rentabilidade para o País. No entanto, estes ganhos sociais e econômicos são ilusórios, pois o consumo do cigarro provoca diversos malefícios a saúde, o que consequentemente acarreta em grandes prejuízos advindos das mortes de cidadãos em idade produtiva; altas despesas com pessoas em tratamento pagas pelo setor público - Sistema Único de Saúde (SUS); despesas com o sistema previdenciário, relativos à aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e pensões por viuvez; aumento no índice de faltas ao trabalho e menor rendimento produtivo; dispêndio com investimentos, por parte do Ministério da Saúde e respectivas secretarias, na divulgação de dados e informações para alertar os consumidores dos riscos do cigarro; perdas provenientes da poluição, degradação ambiental, incêndios e acidentes.⁴⁴

O estudo da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), encomendado pela ONG Aliança de Controle ao Tabagismo (ACT), corrobora essa desvantagem econômica para o Estado provocada pela comercialização do cigarro, o qual demonstra que os tratamentos decorrentes do fumo custam R\$ 21 bilhões anuais às redes de saúde pública e privada do país, sem contabilizar o fumo passivo. Este valor equivale a 30% do orçamento do Ministério da Saúde em 2011, sendo 3,5 vezes maior do que a Receita Federal arrecadou com produtos derivados do tabaco no mesmo período⁴⁵ e corresponde ainda a cerca de cinco vezes o que o governo vai

⁴²BRONZATTO, Thiago. **Obrigado por fumar: As ações da Souza Cruz subiram 1775% em dez anos. O que é que o cigarro tem?**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1009/noticias/obrigado-por-fumar>>. Acesso em: 17 de set. de 2012.

⁴³Ibidem.

⁴⁴ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO. **Aspectos econômicos do tabaco**. Disponível em: <<http://act.br.org.br/tabagismo/economia.asp>>. Acesso em: 20 de set. de 2012.

⁴⁵FORMENTI, Lígia. **Brasil gasta R\$ 21 bi com o tratamento de doenças relacionadas ao tabaco**. Disponível em: <<http://clinicaalamedas.wordpress.com/2012/05/31/brasil-gasta-r-21-bi-com-tratamento-de-doencas-relacionadas-ao-tabaco/>>. Acesso em 18 de set. de 2012.

gastar no plano de combate ao crack até 2014⁴⁶.

Esse trabalho se baseia em dados de 2008 e a partir de um modelo matemático, estima o impacto do fumo e o seu custo, levando em conta os quinze males principais associados ao tabagismo, como infarto, derrame e câncer de pulmão.⁴⁷

De acordo com a diretora executiva da ACT, Paula Johns, o estudo desmistifica o discurso do setor fumageiro sobre a importância da arrecadação de impostos. A ONG calcula que eles não arcam nem com um terço do custo do fumo com a saúde.⁴⁸

Afirma Paula Johns ainda que, “é impactante olhar para os 21 bilhões e para outras coisas que poderiam ser financiadas. O ônus são para todos, mas os lucros vão para os acionistas” e complementa o ministro da saúde, Alexandre Padilha: “o cigarro é um dano econômico à saúde, na medida em que o custo das internações é muito superior à arrecadação feita pelo setor”⁴⁹. Para se ter uma ideia, estima-se que o custo de uma internação na UTI gira em torno de R\$ 1.500,00 por dia.⁵⁰

Outro fator importante a ser considerado é o gasto dos indivíduos fumantes, que desviam dinheiro destinados a alimentos, moradia, educação e saúde para compra de cigarros, situação esta que também de certo modo onera os cofres públicos⁵¹.

Forçoso é concluir, então, face às considerações aduzidas, que a soberania econômica da indústria fumageira, juntamente com a convicção de que os impostos e os empregos gerados com a sua atividade acarretam em vantagens sociais e econômicas para o país, se superpõe ao dever do Estado de promover a proteção da saúde, vida e dignidade da população.

⁴⁶ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO. **Imposto não paga 1/3 do custo do fumo à saúde.** Disponível em: < <http://actbr.org.br/comunicacao/noticias-conteudo.asp?cod=2183>>. Acesso em: 20 de set. de 2012.

⁴⁷ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO. **Imposto não paga 1/3 do custo do fumo à saúde.** Disponível em: < <http://actbr.org.br/comunicacao/noticias-conteudo.asp?cod=2183>>. Acesso em 20 de set. de 2012.

⁴⁸Ibidem.

⁴⁹Ibidem.

⁵⁰VILANOVA, Roberta. **Projeto vida no trânsito terá ações integradas.** Disponível em: <<http://www.sespa.pa.gov.br/index.php/noticias/243-projeto-vida-no-transito-tera-acoes-integradas>> Acesso em: 21 de set. de 2012.

⁵¹MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL. **Mobilização para controle do tabaco – Fórum I.** Disponível em: <<http://www.mpdf.gov.br/comunicacao/ultimas/outras/2004/3105tabaco.htm>>. Acesso em: 19 de set. De 2012.

2.4 Autonomia da vontade X Direito à saúde

A Constituição Federal de 1988 elenca como um dos direitos fundamentais, o direito à liberdade, manifestado nas relações do indivíduo com o Estado e com os demais particulares. Ademais, atribui ao Estado prestações positivas e negativas para a sociedade, tidas essas como deveres, cujo objetivo maior é a proteção do sujeito como verdadeira finalidade do Direito.

A liberdade da pessoa, porém, é posta em cheque, ao se analisar a sua opção em fazer uso do cigarro, pois, em contrapartida, tem-se o dever de atuação do Poder Público na defesa da saúde dos cidadãos, através de uma regulamentação realmente efetiva.

Ressalta-se, nesse ponto, que somente em tese consideramos haver um verdadeiro livre-arbítrio do fumante, pois atualmente, como será melhor analisado no próximo tópico, encontra-se ele baseado na ignorância sobre o produto, por não lhe ser oferecidas informações devidamente claras, e, ainda, pelo fato de ao iniciar o consumo de cigarro, manter-se refém do mesmo, devido à dependência da nicotina. Portanto, o uso do cigarro não seria um arbítrio tão livre assim.

Mas, se aceitarmos o tabagismo como uma escolha – livre-arbítrio, a hipótese relativa à colisão entre o direito à saúde pública e a liberdade de fumar, nos conduziria, então, a tese da relativização dos direitos fundamentais, haja vista tratar-se de um conflito de valores igualmente relevantes para o ordenamento jurídico brasileiro, de nível constitucional.

A problemática reside, essencialmente, em se identificar a correta delimitação da intervenção do Estado e até que ponto impera a liberdade do cidadão. Ou seja, se na questão apresentada deve preponderar o interesse público ou o interesse privado.

Hoje, é pacífico, em nosso sistema, que os direitos fundamentais podem sofrer limitações quando defrontam outros valores de ordem constitucional. Isso ocorre porque a Constituição Federal, como sistema aberto de regras e princípios, possui em seu cerne normas que traduzem ideias aparentemente conflitantes.

Com isso, o conteúdo do direito fundamental que é garantido *prima facie*, poderá não o ser em definitivo, tendo em vista a ponderação com direitos conflitantes que se manifestarem.

Entendimento esse consentâneo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o qual:

já aponta para o reconhecimento que os direitos fundamentais são direitos *prima facie*, ou melhor, potenciais, não absolutos, somente assumindo contornos definitivos após aplicados a um problema concreto. Dessa forma é possível restringir o âmbito

de proteção de um direito fundamental no momento da elaboração da norma de decisão do caso, mediante ponderação, para prevalecer em determinada circunstância concreta, um bem constitucional com maior peso do que o outro⁵².

Hodiernamente, a supremacia do interesse público vem cada vez mais se sobrepondo a autonomia privada, em prol do bem coletivo. Isso ocorre de forma constante em nosso dia a dia, como por exemplo, na proibição de se construir muros acima do limite de altura previsto, na limitação de velocidade no trânsito de veículos, no pagamento de taxas e impostos, na necessidade de alvará para comercializar, e em outras incontáveis situações.

Nessa linha, alguns direitos fundamentais deixam de ser observados sob uma ótica exclusivamente individualista e passam a ser preservados pelo Poder Público, independente da vontade privada, configurando-se, assim, o “dever de proteção” - restrito ao Estado -, no qual deverá defender tais direitos mesmo que o particular não queira.

As leis não só limitam o indivíduo de fazer, ou possibilidade de fazer algo que ofenda o outrem, mas também as que possam ferir o próprio indivíduo. É o caso do uso obrigatório do cinto de segurança. Por ser um direito fundamental, logo indisponível, a vida e a saúde do indivíduo deverão ser protegidas pelo Estado mesmo contra a vontade de seu titular.

Com relação ao cigarro, o raciocínio deve ser o mesmo. Assim, o interesse individual, traduzido na autonomia da vontade, não deve prevalecer sobre a relevância social, tendo em vista ser o tabagismo um problema de saúde pública. Dessa forma, leis que limitam a liberdade individual são válidas, na medida em que beneficiam a sociedade como um todo ou suas partes. O exercício puro e simples da autonomia individual, no que concerne ao consumo do cigarro, enseja o surgimento de um direito paradoxal.

Fazendo um paralelo, considere um Bem de Família ofertado a um terceiro. O Superior Tribunal de Justiça entende por maioria que a proteção da Lei 8.009/1990 prevalece sobre a alegação do comportamento contraditório, uma vez que o Bem de Família é irrenunciável.⁵³ Não se pode falar em contradição, portanto, quando um direito simplesmente não pode ser exercido. Considerando agora um indivíduo “suicida” fumante, percebe-se que mesmo que ele queira fumar, deteriorar sua saúde e vida, o Estado como garantidor, tem que impedir ou tentar impedir que isso aconteça, haja vista que semelhantemente ao Bem de Família, o direito à saúde é irrenunciável pelo fumante.

⁵²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.040-1 – DF. Reclamante: Glória de Los Angeles Treviño Ruiz. Reclamado: Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2002. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/24_Recl%202040.pdf>. Acesso em: 26 de set. de 2012.

⁵³TARTUCE, Fávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco – Teoria do risco concorrente**. São Paulo: Método, 2011. p. 366.

Conclui-se, portanto, que o livre-arbítrio do fumante perde alcance diante do valor constitucional saúde, proteção essa demandada pelo Estado em cumprimento às suas finalidades. No conflito entre os dois direitos postos em discussão, então, salvo melhor juízo, não há dúvidas de que, no caso do tabagismo, a preservação da saúde pública deve prevalecer em relação à liberdade de fumar.

2.5 Nível de periculosidade e nocividade: enquadramento do cigarro a partir de sua qualidade

A relação consumerista é resguardada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC). Este, então, seguidor dos imperativos da Carta Federal, estabelece expressamente em seu artigo 6º, inciso I, como direitos básicos do consumidor “a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”, além disso, elenca no artigo 4º, dentre os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, o respeito à dignidade, saúde e segurança dos consumidores.

Nesse aspecto, para delimitar a imperfeição do cigarro, faz-se necessário enquadrá-lo em uma das três espécies de produtos arroladas no Capítulo IV do CDC. Assim, no que se refere à saúde e segurança dos consumidores, os produtos podem ser classificados como de periculosidade inerente, ou seja, que envolve riscos normais e previsíveis em decorrência da sua natureza e fruição – artigo 8º, do CDC; potencialmente nocivo ou perigoso – artigo 9º, do CDC; e, de alto grau de nocividade ou periculosidade – artigo 10º, do CDC.

Os riscos normais e previsíveis devem ser necessariamente e adequadamente informados. A nocividade potencial, por sua vez, sujeita o fornecedor a prestar “informações ostensivas e adequadas” para que se a possa tolerar. Já o alto grau de nocividade ou periculosidade é intolerável, o fornecedor, então, “não poderá colocar no mercado (...)”.

Para que o intérprete possa definir o que é e o que não é alta nocividade para os efeitos do artigo 10 do CDC, é necessário que ele analise a natureza do risco e o destinatário do produto.

No que se refere ao cigarro, à luz do alhures exposto sobre os seus prováveis riscos no organismo de fumantes e não-fumantes, decorrentes dos transtornos mentais e de comportamento, doenças cardiovasculares, coronarianas, cerebrovasculares, respiratórias

obstrutivas crônicas e o câncer de todas as espécies, podendo levar inclusive a morte, não há como considerar que os seus riscos são normais em decorrência da sua natureza e a fruição. Primeiramente, porque a natureza do cigarro, vista como conjunto de substâncias que o compõem e que dele emanam quando aceso, não é totalmente conhecida pelo consumidor de inteligência mediana – parâmetro para nos indicar o que é razoável de se esperar de um consumidor. São mais de 4.700 substâncias lançadas ao ar com a fumaça do cigarro, dentre elas substâncias tóxicas, cancerígenas e radioativas, que não são discriminadas nas embalagens de cigarro para os seus consumidores. As empresas fumígenas apenas referem que o produto possui como ingredientes básicos: fumos, açúcares, papel, extratos vegetais, agentes de sabor e nada mais. Além disso, verificamos que até hoje, diversas moléstias estão sendo relacionadas ao tabagismo, o que nos faz inferir a inexistência de conhecimento sedimentado sobre a natureza do cigarro e os riscos que ele provoca à saúde dos seus consumidores diretos ou daqueles que se encontram expostos a sua fumaça tóxica⁵⁴.

Apesar do conhecimento sobre os malefícios do cigarro ter aumentado, não há ainda nos dias de hoje a obtenção de advertências realmente satisfatórias por parte dos consumidores, que cumpra a exigência do direito fundamental à informação adequada e clara sobre os produtos colocados no mercado, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, bem como sobre os riscos que apresentem, conforme esculpido no artigo 6º, do CDC, “mormente quando se percebe que o cigarro, cuja fumaça contém milhares de substâncias tóxicas, é um produto sofisticado, desenhado para fazer viciar aqueles que decidem por principiar o seu consumo”⁵⁵.

Compartilham desse entendimento, os autores Wesllay Ribeiro e Renata Júlio, os quais expõem que:

A síntese das resoluções da ANVISA demonstra que há uma preocupação em advertir o consumidor sobre os perigos do fumo, entretanto, essa advertência é tímida e pouco clara, pois menciona uma dentre mais de 4.700 substâncias que estão presentes no cigarro. Fazendo um paralelo com outros produtos como alimentos e medicamentos, que na maioria das vezes não vão gerar a dependência reconhecidamente causada pela nicotina, há obrigações de informações nutricionais no caso de alimentos e da bula no caso de medicamentos, sempre com o objetivo de garantir o direito de informação ao consumidor e resguardar a saúde pública, o que não ocorre no caso do cigarro e que torna premente a necessidade de uma maior informação sobre as substâncias que compõem o produto, pois, somente assim, se poderá falar de informações claras ao consumidor (...)⁵⁶.

⁵⁴DELFINO, Lúcio. **Responsabilidade Civil & Tabagismo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 230-231.

⁵⁵Ibidem, p. 232.

⁵⁶RIBEIRO, Wesllay Carlos. JÚLIO, Renata Siqueira. **Autonomia privada e regulação estatal: uma reflexão sobre a atuação do Estado na regulamentação dos produtos derivados do tabaco**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v.12, n. 23, jan./jun. 2011. p. 38.

Em segundo lugar, o cigarro não poderia ser classificado como de periculosidade inerente, em razão do termo fruição inserido no artigo 8º da Lei 8.078/90⁵⁷.

De acordo com o dicionário da língua portuguesa, a palavra “fruir” significa gozar, desfrutar⁵⁸. Isso conduz, por sua vez, a uma outra qualificação para o produto cigarro, que não a prevista no artigo acima mencionado, pois, conforme analisa Lúcio Delfino:

Quem fuma não tem como pretensão desfrutar, no futuro, um câncer no pulmão ou uma diminuição do desejo sexual. Não pretende, logicamente, perder grande parte da sensibilidade de seu paladar ou, ainda, gozar um envelhecimento precoce. Não existe no fumante o desejo de, ao adquirir um maço de cigarros, depreciar sua saúde ou de buscar sua morte prematura. Considerar esses fatos como verdadeiros seria o mesmo que admitir a premissa insustentável de existir no mundo mais de um bilhão de suicidas. Embora a maior característica do cigarro seja a de matar ou debilitar seus consumidores, essa não é a expectativa de quem está adquirindo ou utilizando⁵⁹.

Assim, também por esse prisma, não há como enquadrar o cigarro no artigo 8º, do CDC, posto que este artigo trata dos produtos que possuem periculosidade ou nocividade indissociável, inafastável.

Com relação às duas outras categorias, o legislador infraconstitucional utilizou-se para distingui-las as palavras “potencialmente” e “alto”, termos estes de significado impreciso, o que dificulta, sobremaneira, a sua interpretação para um correto enquadramento do produto ora em análise.

Constata-se que o legislador, apesar de não esclarecer, de maneira cristalina, a distinção entre as duas categorias, as diferenciou quanto as consequências do seu enquadramento em uma ou outra.

No que se refere aos produtos potencialmente perigosos ou nocivos à saúde, há a prerrogativa de poderem ser colocados no mercado de consumo – artigo 9º, do CDC. Por outro lado, os produtos que apresentarem alto grau de nocividade ou periculosidade, possuem sua comercialização proibida – artigo 10, do CDC.

Levando em consideração o que até o presente momento foi exposto sobre o cigarro, não há como não integrá-lo no rol de produtos de alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde. Afinal, é ele o único produto que, mesmo utilizado conforme instrui seus fornecedores, deixa exposto o usuário a milhares de substâncias tóxicas que podem causar inúmeras doenças

⁵⁷DELFINO, Lúcio. **Responsabilidade Civil & Tabagismo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 236-237.

⁵⁸FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI, dicionário da língua portuguesa**. 3ª ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1999. p.77.

⁵⁹DELFINO, op. cit., p. 236.

graves e pode levar ainda, em muitas das vezes, o consumidor à morte⁶⁰.

Consequentemente, portanto, haja vista a proposição insculpida no art. 10 da Lei 8.078/90, o cigarro deveria ser retirado do mercado de consumo.

Advoga-se, nessa seara, a proibição da produção e comercialização do cigarro no Brasil.

2.6 O equívoco e a incoerência em não se proibir o cigarro

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 220, § 4º, regulou a publicidade do tabaco, dispondo que a propaganda comercial desse produto, de bebidas alcoólicas, de agrotóxicos, de medicamentos e de terapias estará sujeita a restrições legais, e conterà, sempre que necessário, advertências sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

Desta forma, muitos doutrinadores argumentam que se a publicidade de tabaco é permitida, ilação lógica é que a produção e comercialização de cigarros também o são. Indefensável seria, então, as proibições dessas atividades.

Contudo, ao longo destes mais de 30 anos, as informações e estudos a respeito do tema multiplicaram-se, sendo inegável a consideração do tema sob outra ótica. Hoje, já é reconhecida a nocividade do cigarro tanto pela ciência como pelo Poder Público. A intenção do legislador à época não foi garantir o direito de comercialização ou venda do produto, pois caso fosse assim, teria feito de forma expressa. Em verdade, o legislador buscava uma proteção à saúde do consumidor, pois naquele momento, anos 80, engatinhavam-se os estudos sobre a nocividade do tabaco. Na mesma linha de pensamento, o renomado processualista Luís Guilherme Marinoni ensina que “nenhuma norma que faz juízo técnico pode deixar de se submeter à questão do desenvolvimento da tecnologia”⁶¹.

A nosso ver, o legislador, devido à produção de uma constituição prolixa, tratando de assunto que não é essencialmente constitucional, equivocou-se ao inserir na Lei Maior um tema que poderia ser abordado em lei ordinária.

⁶⁰DELFINO, Lúcio. **Responsabilidade civil das indústrias fumígenas sob a ótica do código de defesa do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, a.13, p.195, jul./set.2004.

⁶¹MARINONI, Luis Guilherme. **A tutela do consumidor diante das noções de produto e serviço “defeituosos”. A questão do tabaco**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/318-artigos-mar-2011/7892-a-tutela-do-consumidor-diante-das-nocoos-de-produto-e-servico-defeituosos-a-questao-do-tabaco>>. Acesso em: 13 de nov. de 2011.

Diante disso, diferente daqueles que sustentam que o cigarro tem o amparo da Constituição, como acima abordado, entendemos que, mesmo que a licitude deste produto fosse protegida em sede constitucional, coisa que já demonstramos não ser, bastaria o Poder Legislativo, através de uma emenda, alterar o artigo 220, §4º da nossa Carta Magna, tornando o cigarro um produto ilegal - uma vez que este dispositivo, por não ser cláusula pétrea, não goza de imutabilidade - adequando-se assim o equívoco do legislador. Deve ser ressaltado que o direito à saúde é matéria essencialmente constitucional, um direito natural que transcende a própria Constituição.

Entretanto, concordamos com Marinoni ao afirmar que não há necessidade de se combater a norma constitucional. O que está previsto na Constituição Federal é a restrição à publicidade do cigarro, não que este produto pode ser vendido, mesmo causador de câncer e outros males. Com isso, não haveria conflito entre a norma constitucional e uma possível lei infraconstitucional, pois, a primeira foi inserida na Constituição em um momento que se tinham dúvidas sobre os reais malefícios do produto, enquanto a última, com o desenvolvimento da ciência, comprovou a real potencialidade nociva do determinado produto. São situações fáticas totalmente distintas.

Na mesma linha de raciocínio, outra solução seria a proibição do cigarro por meio de uma regulamentação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

A fim de entendimento, o Estado por meio da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, proíbe a fabricação, distribuição, venda e uso de uma série de produtos que comprovadamente causam graves malefícios à saúde e até mesmo proscreeve alguns que não comprovam a sua composição, risco e segurança. A indagação que advém é a seguinte: como o Estado, garantidor da vida e da saúde, proíbe algumas substâncias por serem nocivas à sociedade e se omite na questão do tabagismo, se isto traz sérios malefícios comprovados, sem uma contrapartida benéfica para a saúde ou qualquer outro bem digno de proteção?

Pela complexidade do assunto, podemos fazer alguns paralelos com o intuito de demonstrar como o poder Público age de forma dúbia em situações fáticas idênticas, ou no mínimo semelhantes.

Começaremos comparando um medicamento e o cigarro. No caso de um remédio que só pode ser administrado por indicação médica, a bula contém todas as especificações das substâncias que o compõe, modo e tempo de uso, advertências e ainda cita os efeitos colaterais que podem ocorrer com o paciente que o administra. Mesmo que tal medicamento venha causar algum efeito nocivo – efeito colateral – ao paciente, neste caso, percebe-se que é para o tratamento de algo mais grave e urgente, ou seja, é a necessidade de um tratamento

para manter a vida ou a saúde do indivíduo. O fim último de um medicamento é beneficiar a saúde. É o médico, quem faz o juízo de ponderação entre as reações adversas e os benefícios que o medicamento causarão no paciente.

No tocante ao cigarro, a situação se apresenta de forma inversa a um medicamento. Já vislumbramos que o cigarro é altamente nocivo e perigoso, não traz detalhadamente as substâncias usadas na sua composição, não depende de receita médica para sua aquisição, não especifica os danos que seu uso ocasionam e nem o modo de uso. Além do mais, este produto, para a saúde, não gera nenhum benefício que justifique seus malefícios. Diferente do remédio, o cigarro não protege a saúde sob nenhum aspecto.

Outro paralelo que podemos fazer é em relação ao agrotóxico. Dissemelhante do cigarro, aquele produto proporciona benefícios à sociedade, uma vez que seu uso é necessário para o aumento da produtividade da lavoura, primordial para a subsistência da população. Sendo assim, seus riscos tornam-se aceitáveis.

Portanto, quanto ao agrotóxico e ao medicamento, observamos a aceitabilidade de seus riscos, que são admitidos por motivos mais relevantes.

Defensores do cigarro, porém, poderiam se escorar no argumento de que é contraditório levantar a bandeira contra o cigarro e desconsiderar outro vilão social, o álcool, cuja venda e uso são permitidos mesmo com inúmeros riscos e males à saúde da população, e que este não é imprescindível para a sociedade, alegando ainda que também não há benefício que justifique seu uso. Continuariam defendendo que o álcool também mata milhares de pessoas, gera violência, acidentes e altos gastos em hospitais, e mesmo assim, não é questionado.

Todavia, existe uma considerável diferença entre esses dois produtos. Distintamente do cigarro, o álcool tem níveis seguros de consumo. O risco está na forma de consumo e não no consumo em si. O uso de bebidas alcoólicas, feito de forma moderada, não gera um risco inaceitável. Já dizia o sábio Paracelso, pai da toxicologia moderna, que “todas as substâncias são venenos, não há nenhuma que não seja. A dose correta determina o remédio e o veneno”⁶². Dessa forma, o álcool não necessariamente tem que ser proibido, mas sim controlado.

Podemos observar que o Estado não atua com a mesma intensidade contra todas as drogas e produtos nocivos para a população, isto é, arbitrariamente resolve proibir determinadas substâncias nocivas e outras permanecem liberadas. A maconha, por exemplo, é proibida por conter a *Cannabis Sativa*, considerada nociva e causadora de dependência. Dessa

⁶²LOPES, Angela Cristina. **Intoxicações e envenenamentos**. Disponível em: <<http://www.hospvirt.org.br/enfermagem/port/enfintox.htm>>. Acesso em: 25 de set. de 2012.

maneira, sua nocividade perante a população gerou sua proibição. Alexandre Bahia discorre bem sobre o assunto, ao afirmar que

Há uma natural seletividade: pune-se o consumo de certas substâncias entorpecentes como a maconha, que causa dependência e danos à saúde, mas não se proíbe/pune da mesma forma outras, como o tabaco. Ora, se onde há a mesma razão de fato deve haver a mesma razão de direito. A discricionariedade é levada, muitas vezes, por certos *lobbies* muito poderosos, tendo-se, então a utilização de 'dois pesos e duas medidas'⁶³.

Diante de tudo isso, indagamos o seguinte: se sabemos que o Estado é o garantidor da saúde da população, então como ele pode autorizar a venda de um produto que ele mesmo reconhece ser nocivo e perigoso e que não traz consigo nenhuma proteção social em contrapartida? A própria embalagem do produto faz uma ressalva de que não há níveis seguros de seu consumo. Como pode, então, o Estado permanecer inerte perante tal constatação?

Atualmente, como já demonstrado no presente trabalho, os estudos demonstram de forma inequívoca a nocividade do cigarro. Sendo assim, não cabe mais ao Estado aceitar a produção, comercialização e consumo de um produto que vai de encontro a um de seus principais deveres, que é tutelar a saúde pública.

⁶³BAHIA, Alexandre. **Lei de drogas viola intimidade e vida privada**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-dez-30/lei-drogas-viola-intimidade-vida-privada-dependente-quimico>>. Acesso em: 28 de set. de 2012.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

3.1 Responsabilidade civil do Estado por omissão

A responsabilidade civil do Poder Público pode estar vinculada a uma ação ou omissão do Estado, como causa do dano reclamado.

No que se refere a responsabilidade por omissão, esta se fundamenta no descumprimento de um dever jurídico de agir, de praticar um ato a fim de impedir um determinado resultado.

O insigne jurista Sérgio Cavalieri Filho, afirma, nesse sentido, que:

O Direito nos impõe, muitas vezes, o dever de agir, casos em que, nos omitindo, além de violar dever jurídico, deixamos de impedir a ocorrência de um resultado. Dessa forma, embora a omissão não dê causa a nenhum resultado, não desencadeie qualquer nexos causal, pode ser causa para não impedir o resultado⁶⁴.

Direcionado o foco ao Estado Brasileiro, que no passado era liberal, verifica-se que hoje ele se apresenta mais intensamente no cotidiano dos cidadãos, intercedendo cada vez mais em suas vidas. Contraindo, para tanto, novos deveres diante da sociedade que não podem ser preteridos.

Com efeito, se o Estado, em uma situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência de um dano, mantém-se inerte, deverá responder por esta negligência.

Assim, face uma omissão na proteção da saúde da população, deve o Estado ser responsabilizado civilmente.

⁶⁴CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 62-63.

3.2 Divergência doutrinária: responsabilidade subjetiva X responsabilidade objetiva pelos atos omissivos do Estado

É pacífico o entendimento de que a responsabilidade estatal é objetiva em relação às condutas comissivas. Porém, existe grande divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito de qual teoria, subjetiva ou objetiva, seria aplicável no caso de condutas estatais omissivas, sendo encontrados três posicionamentos a respeito.

Parte da doutrina, alicerçada nos ensinamentos de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, continuados por Celso Antônio Bandeira de Mello e seguidos por Rui Stoco, Maria Sylvia Zanella di Pietro e Maria Helena Diniz, dentre outros, defende ser subjetiva a responsabilidade do Estado sempre que o dano decorrer de sua omissão.

Para tanto, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que:

Se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo⁶⁵.

O ilustre professor, ademais, entende que a omissão não é causa, mas sim condição para a ocorrência do evento, uma vez que “causa” se caracteriza como uma atitude positiva que acarreta um resultado e “condição” se traduz em um evento cuja ausência possibilita a ocorrência do dano⁶⁶. Com isso, alega que não haverá nexos de causalidade entre a omissão estatal e o dano, uma vez que se Estado não deu causa, não é possível imputar-lhe a ocorrência de tal evento lesivo.

Outrossim, afirmam os defensores da teoria subjetiva, que o ato omissivo do Poder Público é sempre um comportamento ilícito proveniente de negligência, imprudência ou imperícia, ou então, deliberada finalidade de violar norma que o impusesse determinada obrigação. Dai se falar em culpa e dolo, elementos da responsabilidade subjetiva.

A segunda corrente, por seu turno, advoga a tese de que a responsabilidade pública deve ser sempre objetiva pela teoria do risco administrativo, havendo ação ou omissão, tendo como fundamento o risco que a atividade estatal gera para a população e os danos acarretados

⁶⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24ª ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional 55, de 20.9.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 987.

⁶⁶Ibidem, p. 988.

para alguns indivíduos e não suportados pelos demais.

Sustentam também, com suporte no artigo 37, §6º, da Constituição Federal que prevê que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (...)”, não poder se presumir do texto Constitucional qualquer diferenciação entre conduta comissiva e omissiva. Do contrário, estar-se-ia negando o progresso da responsabilidade civil estatal tendente à objetivação, incorrendo em uma inadmissível involução.

O célebre professor Flávio Tartuce baseia-se no argumento de que seria um exagero de interpretação beneficiar o Poder Público pela tese da responsabilidade subjetiva. Para tanto, afirma haver um certo sentido político e ideológico na criação da teoria, a tornar o Estado um ente irresponsável⁶⁷.

Alega ainda, baseado em artigo da lavra de Jones Figueirêdo Alves, que a responsabilidade do Estado será sempre objetiva, pois o que interessa para averiguação do dever de indenizar são o dano injusto e o fato lesivo⁶⁸.

Além do que, a Carta Magna não poderia ser interpretada de maneira a prejudicar o cidadão, o qual, na hipótese de responsabilidade subjetiva do Estado por omissão, teria que provar a culpa do ente estatal, sendo esta uma prova perversa, diabólica e até mesmo impossível⁶⁹.

Álvaro Lazzarini, por sua vez, contesta o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello de que o ato comissivo seria causa, enquanto o omissivo seria condição do dano afirmando que

Funda-se em que as obrigações, em direito, comportam causas, podendo elas ser a lei, o contrato ou o ato ilícito ; assim, causa, nas obrigações jurídicas é todo fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um efeito jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação; daí concluir que a omissão pode ser causa e não condição, ou, em outros termos, o comportamento omissivo do agente público, desde que deflagrador primário do dano praticado em terceiro, é causa e não simples condição do evento danoso (...)⁷⁰.

Em síntese, defende Flávio Tartuce, que:

A melhor solução a respeito do dever de indenizar do Estado é a sua responsabilização objetiva ou independentemente de culpa, não cabendo fazer a

⁶⁷TARTUCE, Flávio, **Responsabilidade civil objetiva e risco – Teoria do risco concorrente**. São Paulo: Método, 2011. p. 136.

⁶⁸Ibidem, p. 136.

⁶⁹Ibidem, p. 136-137.

⁷⁰CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 220.

distinção entre os atos comissivos e omissivos estatais. O argumento da responsabilidade subjetiva por omissão parece ser injusto e totalmente desassociado da realidade contemporânea nacional. Em reforço, não cabe fazer uma distinção que o legislador não fez, visando tão somente prejudicar o cidadão lesado. Por fim, não convence o argumento, tão utilizado pelos operadores do Direito, de que o Estado não pode ser um 'segurador universal', em uma realidade brasileira em que o Estado nem sequer é um 'segurador mínimo', não cumprindo com suas atribuições básicas em relação à sociedade⁷¹.

Outros doutrinadores são adeptos desta corrente. Entre eles: Hely Lopes Meirelles, Yussef Said Cahali, Celso Ribeiro Bastos e Odete Medauar.

Por derradeiro, a terceira corrente, a qual me filio, propagada por Sérgio Cavalieri Filho, apoiado na monografia de Guilherme Couto de Castro, defende a necessidade de se distinguir a omissão genérica do Estado e a específica para poder ser identificado o tipo de responsabilidade civil.

Entende-se que haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, criar uma situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo⁷², devendo neste caso responder objetivamente. Caso contrário o Estado responde subjetivamente.

3.3 Responsabilidade civil objetiva do Estado por omissão: a questão do cigarro

Sérgio Cavalieri Filho, ao discorrer sobre a diferenciação de omissão genérica e omissão específica, nos traz o seguinte exemplo:

Veículo muito velho, sem condições normais de trânsito, causa um acidente por defeito de freio ou falta de luz na traseira. A Administração não pode ser responsabilizada pelo fato de esse veículo ainda estar circulando. Isso seria responsabilidade pela omissão genérica. Mas se esse veículo foi liberado numa vistoria, ou passou pelo posto de fiscalização sem problemas, aí já teremos omissão específica⁷³.

Imagine-se agora no lugar desse veículo o cigarro, produto que causa dependência física e psíquica, cujos únicos benefícios são o prazer e a satisfação que gera nas pessoas

⁷¹TARTUCE, Fávio, **Responsabilidade civil objetiva e risco – Teoria do risco concorrente**. São Paulo: Método, 2011. p. 281.

⁷²CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 231.

⁷³Ibidem, p. 231.

mediante o ato de aspirar a fumaça emanada de sua queima, e que, por outro lado, carrega consigo diversos males, propiciando aos seus consumidores diversas doenças e até mesmo a morte, além de produzir a danosa Poluição Tabágica Ambiental, afetando não só quem consome, mas a sociedade em geral. Mesmo com tudo isso, continua sendo um produto lícito, com aprovação de sua produção, comercialização e consumo pelos órgãos competentes do Governo Federal.

Constatada está, assim, a omissão específica – dever individualizado de agir - do Estado pela não proibição de produzir, comercializar e consumir o cigarro, o que acarreta na aplicação da responsabilidade objetiva nos casos de danos oriundos pelos malefícios desse produto.

A fim de comprovar, então, a responsabilidade objetiva do Estado por omissão, basta a verificação da seguinte tríade: dano, omissão estatal, e o nexo causal entre o dano e a omissão estatal.

Sobreleva notar, nesse passo, que a omissão do Estado restou demonstrada no capítulo 2 desse trabalho. Passa-se, então, no próximo tópico, a abordar os demais pressupostos da responsabilidade civil objetiva.

3.4 Pressupostos da Responsabilidade civil objetiva

3.4.1 Dano

Para que se configure a responsabilidade civil do Estado, é preciso primeiramente que haja o dano, entendido este como lesão a um bem material ou imaterial juridicamente protegido, resultante de uma conduta omissiva ou comissiva. É o dano que justifica o dever de ressarcir ou compensar o prejuízo causado a outrem.

Com relação ao cigarro, podemos constatar a ocorrência de danos individuais e sociais.

3.4.1.1 Danos individuais

A doutrina divide o dano, quanto à sua manifestação, em materiais ou patrimoniais e imateriais ou morais.

Dano material, como o próprio nome induz, é aquele exteriorizado em um prejuízo visível, mensurável, apurável, que recai sobre o patrimônio do sujeito passivo, abrangendo o dano emergente e o lucro cessante.

Dano emergente é o que efetivamente a vítima perdeu. É a imediata diminuição do patrimônio da vítima de um ato ilícito. A indenização haverá de abarcar a integralidade da perda.

Lucro cessante é o que a vítima deixou de receber em virtude do ato ilícito. Consiste “na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima.”⁷⁴

O lucro cessante deve ser sempre pautado pelo princípio da razoabilidade, havendo expressa determinação legal nesse sentido, prevista no artigo 402, *caput*, do Código Civil: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

Particularmente com relação aos fumantes (ativos e passivos), os danos patrimoniais, no caso de lesão ou ofensa à saúde, advêm da perda ou diminuição da capacidade laborativa, das despesas com tratamentos e internações hospitalares a que são submetidos, despesas com medicamentos, dentre outros – artigos 949 e 950, do CC; já no caso de morte, a indenização consistirá, além das despesas acima dispostas, nos gastos com o funeral da vítima, luto da família e na prestação de alimentos aos dependentes econômicos da vítima, sendo cabível ainda outras reparações peculiares a cada caso concreto – artigo 948, do CC.

Para que ocorra, então, indenização decorrente de dano emergente, haverá de ser aferida a situação econômica do ofendido anteriormente e posteriormente ao dano e, com relação ao lucro cessante, deve-se analisar os efeitos para o futuro, ou seja, o que se ganharia, com certeza, se não houvesse ocorrido o dano.

Dano moral, por seu turno, a luz dos ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho, pode ser conceituado por dois aspectos distintos. Em sentido estrito, dano moral é aquele que afronta o

⁷⁴CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 72.

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, concretizado por meio da Cláusula Geral de Tutela da Pessoa Humana, consagrada na Constituição Federal em seus artigos 1º, inciso III, e 3º, inciso I. Em sentido amplo, dano imaterial decorre de violação aos direitos da personalidade, abrangendo todas as ofensas à pessoa, individual ou socialmente considerada.

Os danos morais do fumante, então, se perfazem no abalo de sua integridade psicofísica – um dos postulados fundamentais do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana⁷⁵ - e na tristeza, sofrimento, aflições, angústia, desequilíbrio em seu bem-estar enfrentados ao ter de presenciar a degradação progressiva de sua saúde, decorrentes das inúmeras doenças passíveis de serem ocasionadas pelo consumo de cigarro.

Temos também o dano moral dos parentes ou demais pessoas que possuem um vínculo afetivo com a vítima. No entanto, a fim de se evitar reparação a uma cadeia infinita, pode ser aplicada a regra do artigo 948, II, do Código Civil, que, embora diga respeito ao dano material, pode ser empregada ao dano moral de forma análoga. Assim, a indenização limitar-se-ia aos que estivessem “em estreita relação com a vítima, como o cônjuge, companheira, filhos, pais e irmãos menores que viviam sob o mesmo teto. A partir daí, o dano moral só poderá ser pleiteado na falta daqueles familiares e dependerá de prova de convivência próxima e constante.”⁷⁶

No que se refere a prova do dano moral, na linha de pensamento do renomado autor Sérgio Cavalieri Filho, diante de sua natureza singular, não há que se exigir os mesmos meios de prova objetivos inerentes ao dano patrimonial, sendo satisfeita a sua demonstração com a simples ocorrência do ato ilícito em si, cujo prejuízo impingido à vítima se presume.

Cabe ressaltar que a reparação por dano moral a ser paga para a vítima - ou para quem possua vínculo afetivo com ela - deve representar uma satisfação capaz de amenizar de alguma forma o sofrimento acarretado e de alertar o Estado sobre a sua gravíssima omissão.

3.4.1.2 Danos sociais

A noção de dano, antes ligada somente ao dano material e moral, evoluiu para abordar outras possibilidades de danos, tais como o dano moral coletivo, dano institucional e o dano

⁷⁵MORAES, Marina Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327.

⁷⁶CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 84.

social.

O dano social decorre de uma conduta exemplarmente negativa e lesiona a sociedade, rebaixando o patrimônio moral e reduzindo a qualidade de vida⁷⁷.

Sob o enfoque do tabagismo, verificamos a lesão causada a saúde mental e física das pessoas, tendo em vista as milhares de doenças e mortes associadas ao cigarro. Daí constatarmos que a saúde, apesar de ser um bem público reconhecido e protegido, é passível de ser lesado.

O cigarro, então, violador da saúde pública, deve ser ponderado tanto em relação ao fumante, tabagista ativo, quanto em relação às outras pessoas, haja vista que a Fumaça Ambiental do Tabaco (FAT) polui o ambiente, gerando graves problemas também ao denominado tabagista passivo⁷⁸.

Fumar, portanto, é um ato prejudicial não só à pessoa do lesado, mas ao interesse público propriamente tido, vez que atinge a saúde pública.

No dano social, como já referido, a vítima é a sociedade, não sendo possível distinguir seus titulares individuais ou dividir quem sofreu mais ou menos dano, é dizer, tem-se por atingida categoria indeterminável de pessoas, donde resulta que a ofensa é a interesse ou direito difuso.

Desse modo, o Direito, passa a proteger aquela comunidade, consonante “com a evolução dos Direitos Fundamentais, cuja concepção adotada no Estado Democrático de Direito foca a proteção dos chamados direitos coletivos e difusos”⁷⁹.

A possibilidade de responsabilização do Estado pelos danos sociais decorrentes do tabagismo inclusive já foi aventada na jurisprudência pátria através do voto do Desembargador Caetano Lagrasta do Egrégio Tribunal do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Cível nº 379.261.4/5-00, ano 2008, que acabou por condenar, por maioria, indústria tabagista pelos danos causados ao consumidor.⁸⁰

Um dos argumentos expostos pelo citado Desembargador foi o de que: “o cigarro é um problema de saúde pública, inclusive devendo-se responsabilizar o Estado pelos danos

⁷⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 382.

⁷⁸ RIBEIRO, Wesley Carlos. Uma análise da responsabilidade civil por danos coletivos causados pelo tabaco. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira (org.) **Direito processual em movimento**. vol. II. Curitiba: CRV, 2012, p. 188.

⁷⁹ Ibidem, p. 184.

⁸⁰ GUGLINSKI, Vitor. **Mudança de paradigma sobre a indústria de cigarro**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-22/mudanca-paradigma-responsabilidade-industria-cigarro>>. Acesso em: 14 de nov. de 2012.

causados pelo fumo, haja vista o dano social que se verifica através do hábito de fumar”⁸¹.

Infere-se do demonstrado, que a utilização do cigarro, considerada como patologia e como uma epidemia generalizada, provoca danos a sociedade como um todo. Perpassa, então, o prejuízo pessoal e abrange interesse difuso proveniente do dano à saúde pública, ensejando, assim, o dano social, passível de tutela jurisdicional por meio de ação civil pública.

3.5 Nexo de Causalidade

Nexo de causalidade é o elo existente entre a conduta e o resultado, sem o que não haverá que se falar em obrigação de indenizar.

A doutrina e a jurisprudência se dividem entre duas teorias principais sobre o nexos causal: teoria da causalidade adequada e a teoria do dano direto e imediato.

De acordo com a teoria da causalidade adequada, elaborada por Von Kries, nem toda condição do resultado é causa para o direito, mas somente aquela condição que é relevante, adequada ao resultado, isto é, que não é inverossímil, improvável para produzi-lo. Em suma, essa teoria baseia-se na noção de “provável acontecimento do resultado”, o que deve ser analisado caso a caso⁸².

Antunes Varela, citado por Sérgio Cavalieri Filho, assevera que as condições que são equivalentes em concreto, talvez não sejam em abstrato. Assim, para análise do nexos causal, não é suficiente que um fato seja, em concreto, uma condição *sine qua non* do prejuízo, mas sim, que o fato constitua, em abstrato, uma causa adequada do dano.⁸³

Como explica Gisela Sampaio da Cruz, essa teoria

examina a adequação da causa em função da possibilidade e probabilidade de determinado resultado vir a ocorrer, à luz da experiência comum. Significa dizer que a ação tem que ser idônea para produzir o resultado. E para que se verifique a adequação da causa, realiza-se um juízo retrospectivo de probabilidade de que, no âmbito doutrinário, é denominado 'prognose póstuma'.⁸⁴

⁸¹Ibidem.

⁸²TARTUCE, Fávio, **Responsabilidade civil objetiva e risco – Teoria do risco concorrente**. São Paulo: Método, 2011, p. 84.

⁸³CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 48.

⁸⁴CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexos causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 64.

Assim, a pergunta que deverá ser respondida afirmativamente para poder se concluir sobre a ocorrência do liame causal é: a ação ou omissão que julga, era por si, apta ou adequada para produzir ou impedir normalmente essa consequência?

A crítica que se faz a essa teoria é a de que a análise do nexa causal no plano abstrato é muito difícil, imprecisa. No entanto, no caso ora explanado, não há esse embaraço, tendo em vista ser a “prognose retrospectiva” de fácil realização: o Estado ao não considerar o cigarro como um produto ilícito, enseja que o cidadão o utilize quando bem convier, sem maiores problemas. Ao decidir fumar, o indivíduo automaticamente coloca a sua saúde em risco, pois não existem níveis seguros de consumo de cigarro. Além disso, expõe terceiros a risco, tendo em vista a poluição do ambiente ocasionada por meio da FAT. O desencadeamento dos malefícios, então, é um fator natural e esperado pelo uso de cigarro, o que é inclusive reconhecido pelo Poder Público. Então, mudando-se os autores de prováveis processos contra o Estado, não se afeta o raciocínio acima feito e a constatação de que a omissão daquele que tem o dever jurídico de proteger a saúde - mesmo quando o próprio indivíduo não a protege praticando o ato de fumar, pois a saúde é um direito irrenunciável - enseja a responsabilização pelos danos não impedidos.

Não cabe aqui o contra-argumento, também abstratamente considerado, de que mesmo o Estado proibindo a produção, comercialização e consumo de cigarro o resultado danoso poderia advir com a utilização de cigarro contrabandeado pelo fumante, pois não se pode considerar o indivíduo precipitadamente como um infrator da lei. O cigarro atualmente é um produto legal, portanto não se deve presumir que o cidadão o usaria mesmo sendo um produto ilícito. Além do mais, essa teoria lida com probabilidade, e a probabilidade de um indivíduo subverter as leis impostas pelo Estado é ínfima, pois a grande parte das pessoas a obedecem.

A teoria do dano direto e imediato, por seu turno, está prevista no art. 403 do Código Civil, preceito legal relativo à responsabilidade derivada do inadimplemento de negócios jurídicos. Segunda ela, o dever de reparar só surge quando o evento danoso é efeito direto e imediato de determinada causa, de acordo com uma análise procedida em concreto. O cerne desta teoria, ademais, está relacionado a ideia de interrupção do nexa causal, o que ocorre quando o credor ou terceiro é autor da causa direta e imediata que provoca o novo dano e também quando a causa necessária é fato natural – caso fortuito ou força maior⁸⁵.

Essa teoria mostra-se, contudo, incerta pelas controvérsias que suscita em relação ao ressarcimento de danos indiretos; insuficiente, porque a brevidade de sua regulamentação não

⁸⁵CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 51.

leva em conta a complexidade do tema; e mal localizada a sua previsão, pois apesar de o artigo 403, do Código Civil, tratar da responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual em tema de causalidade⁸⁶.

Ademais, a teoria do dano direto e imediato é criticável por limitar sobremaneira a obrigação de indenizar. Mostra-se demasiadamente excessivo exigir que uma circunstância seja condição necessária e, além disso, suficiente de um ato danoso.

Rebate-se essa teoria também, pelo fato de que seus próprios defensores a estão mitigando, tais como Agostinho Alvim e Gisela Sampaio. Passa a ser adotada, então, a subteoria da necessidade da causa, a qual interpreta “dano direto e imediato” como “dano necessário”, sendo indiferente a questão da proximidade entre causa e efeito. Assim, os danos indiretos ou remotos são passíveis de indenização quando não houver o aparecimento de outras causas.

Nota-se, outrossim, uma antinomia no disposto nos artigos 944, parágrafo único, e 945 do Código Civil frente ao artigo 403 do mesmo diploma. O primeiro dispositivo relativiza a reparação integral do dano, prevendo que, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o magistrado reduzir equitativamente a indenização. O artigo 945, por sua vez, estabelece que no caso de culpa concorrente da vítima para o evento lesivo, sua indenização será fixada levando-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a culpa do autor do dano. Com isso, observamos que através destes dispositivos, o Código Civil procurou adequar a causa de acordo com as circunstâncias que o evento se perfaz. Assim, a partir da análise da conduta de cada envolvido é que será fixada a indenização. Destaca-se que se houver exclusão do nexo causal no caso concreto, seja porque a culpa foi exclusiva da vítima ou de terceiro ou decorreu de caso fortuito ou força maior, não haverá o dever de indenizar do agente, o que não vai de encontro com a ideia de adequação da causa. Infere-se que a teoria da causalidade adequada, então, é a mais apropriada para resolver os casos de contribuição causal⁸⁷.

Essa teoria, divide-se em duas formulações: a positiva e a negativa. Para a primeira, causa adequada é aquela que fomenta a produção do ato lesivo, ou seja, a que constitui uma consequência normal, típica ou provável daquele. Para a segunda, o raciocínio é o inverso, bastando verificar se o fato é causa inadequada a produzir o dano; é dizer, indiferente,

⁸⁶SALAZAR, Andrea Iazzarini. GROU, Karina Bozalo. **Ações indenizatórias Contra a Indústria do Tabaco: Estudo de casos e jurisprudência**. p. 113. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/633_publicacao_c_capa_final.pdf> Acesso em: 27 de set. de 2012.

⁸⁷TARTUCE, Fábio, **Responsabilidade civil objetiva e risco – Teoria do risco concorrente**. São Paulo: Método, 2011, p. 89-90.

estranho, extraordinário⁸⁸.

No caso em exame, tanto se adotarmos a formulação positiva quanto a negativa chegaremos a idêntico resultado: indubitavelmente há nexos de causalidade entre a omissão do Estado em não proibir a produção, comercialização e consumo de cigarro, e o vício de fumar dos cidadãos, bem como o desenvolvimento de inúmeras doenças e os elevados índices de morte resultantes do consumo do produto.

Nesse passo, destaca-se que o Direito impõe, por diversas vezes, o dever de agir, casos em que, havendo omissão, restará violado este dever jurídico e conseqüentemente não haverá o impedimento da ocorrência do resultado danoso. Dessa forma, embora não seja possível a omissão dar causa a um resultado, pode ser ela a causa para não impedi-lo⁸⁹.

Ora, não impedir significa permitir a execução da causa. Deverá, portanto, o agente omitente responder pelo dano não porque o causou, mas porque não o impediu, realizando a conduta a que estava juridicamente obrigado.⁹⁰

Constata-se que a omissão em julgamento era por si apta, adequada para impedir normalmente as conseqüências danosas advindas do tabagismo.

No que se refere, por sua vez, ao nexos de causalidade entre o consumo de cigarros ou a exposição a eles e a enfermidade ou morte adquirida pelo indivíduo, cabe dizer que a sua comprovação depende, no mais das vezes, de um conjunto probatório composto de estudos, dados científicos e estatísticas sobre o acometimento de determinadas doenças oriundas do tabagismo; arrolamento, como testemunha, de médicos especialistas na área de conhecimento referente a enfermidade que acometeu o indivíduo; e, laudos médicos que analisem a doença do caso específico. A título de exemplo, neste íterim, cite-se que, por variadas vezes, consta das certidões de óbito que a causa da morte do indivíduo foi o uso continuado de cigarros⁹¹.

Além do mais, existem doenças exclusivas decorrentes do tabagismo, por exemplo, a doença de Buerger e a tromboangeíte obliterante e, nesses casos, o nexos causal é bem evidente e incontestável; ou, que possuem nele o principal fator de risco, como por exemplo o câncer de pulmão, uma vez que 90% dos seus acometidos são fumantes.

Mesmo admitindo-se que, em determinados casos, não se possa afirmar, com absoluta certeza, que o cigarro foi o causador, ou participou de forma predominante no acometimento

⁸⁸SALAZAR, Andrea Iazzarini. GROU, Karina Bozalo. **Ações indenizatórias Contra a Indústria do Tabaco: Estudo de casos e jurisprudência.** p. 115. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/633_publicacao_c_capa_final.pdf> Acesso em: 27 de set. de 2012.

⁸⁹CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p.62-63.

⁹⁰Ibidem, p. 63.

⁹¹TARTUCE, Fábio, **Responsabilidade civil objetiva e risco – Teoria do risco concorrente.** São Paulo: Método, 2011, p. 359.

da doença ou na morte de um usuário, é plenamente possível alcançar, através da análise de todo o conjunto probatório de um processo, um juízo de presunção sobre a responsabilidade que o tabagismo ou exposição ao cigarro teve nos danos à saúde.

Irrefutavelmente, uma perícia bem feita, conjuntamente com as demais provas e elementos contidos nos autos, farão com que o julgador, alcance ao menos um forte juízo de presunção, suficientemente capaz de lhe permitir julgar em favor da pretensão do fumante passivo ou ativo, ou de seus familiares.

O que se deve ter em conta é que a causa adequada não necessita ser aquela que isoladamente era eficaz para produzir o evento danoso. Perfeitamente possível haver causas complementares e o juiz julgar procedente, ao concluir que o tabagismo era essencial para que o dano viesse a ocorrer.

Ressalva-se, por oportuno, que não se defende no presente trabalho que o Estado seja o único responsável pelos males causados pelo hábito de fumar, mas sim que ele é um dos responsáveis. Não podemos esquecer de que a indústria fumígena e o próprio fumante ativo - este, no caso dos danos individuais - concorrem para a causação dos danos. Dessa forma, advoga-se que com relação aos danos sociais, deve haver uma corresponsabilidade entre o Estado e a Indústria fumageira, e no que se refere aos danos individuais a indenização deverá ser fixada de acordo com os riscos assumidos pelo Estado, pela Indústria tabaqueira e pelo fumante, aplicando-se para tanto a equidade.

Demonstramos assim estarmos consonantes com o brilhante ensinamento de Flávio Tartuce, que sobre o tema pondera: “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.”⁹²

⁹²TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco – Teoria do risco concorrente**. São Paulo: Método, 2011, p. 369.

CONCLUSÃO

O cigarro é composto de milhares de substâncias tóxicas, cancerígenas e até radioativas. Dentre elas, se encontra a nicotina, uma droga psicoativa poderosa, causadora de dependência.

O consumo desse produto afeta sobremaneira a saúde física e mental dos indivíduos, dando origem, inclusive, a classificação do tabagismo como doença. A expansão deste mal, por sua vez, é tão avassaladora, que hoje considera haver uma verdadeira pandemia.

Além do tabagismo ser, então, uma doença, ele é a causa de milhares de enfermidades e mortes de indivíduos fumantes e daqueles que ficam expostos à FAT. Percebe-se, neste ínterim, a constituição de um grave problema de saúde pública.

A Carta Magna, a seu turno, elenca a saúde como um direito fundamental de todos e obrigação do Estado. Assim, analisou-se no presente trabalho monográfico a postura do Estado face a esse dever constitucional, no que se refere a questão do cigarro.

A primeira constatação feita foi a de que faticamente a nicotina se apresenta como uma substância psicotrópica. No entanto, juridicamente ela não pode ser enquadrada nessa categoria, posto que não é incluída pelo Poder Público na lista específica, prescindindo então de devida e expressa autorização legal ou regulamentar para a sua comercialização, diferentemente do que ocorre com as demais substâncias inseridas na lista de substâncias psicotrópicas.

Verificou-se também que a soberania econômica da indústria fumageira, juntamente com a ilusória convicção de que os impostos e os empregos gerados com a sua atividade acarretam vantagens sociais e econômicas para o país, se superpõe ao dever do Estado de promover a proteção da saúde, vida e dignidade da população.

Analisou-se ademais, que a patente omissão estatal na questão do cigarro se justifica ainda devido a restrição à liberdade de fumar. No entanto, demonstra-se que o livre-arbítrio do fumante perde alcance diante do valor constitucional saúde, proteção essa demandada pelo Estado em cumprimento às suas finalidades. De outro lado, não há que se falar em livre-arbítrio sem expressa clareza e divulgação sobre as consequências do consumo do produto.

Outrossim, a fim de se comprovar a alegada negligência do Estado, apontou-se no presente trabalho as evidências do nível de periculosidade e nocividade do cigarro, concluindo-se que o mesmo deve ser enquadrado como um produto de alto grau de nocividade e periculosidade, o que enseja a proibição de sua comercialização, haja vista o

disposto no Código de Defesa do Consumidor.

Advoga-se, nessa seara, a imperativa necessidade de se proibir a produção, comercialização e consumo de cigarro, por ser reconhecido atualmente pela ciência e pelo próprio Poder Público a sua nocividade, assim como a impossibilidade de se estipular nível seguro de consumo, combinado com o fato de que a sua permissão não tutela qualquer outro bem digno de proteção. Desta forma, adequa-se o ordenamento jurídico a partir das descobertas propiciadas pelo desenvolvimento tecnológico.

Estabelecida essa premente omissão do Estado, defende-se a sua responsabilidade civil objetiva pelos danos individuais e sociais que o cigarro ocasiona.

Ressalva-se, contudo, que o Estado não é o único responsável pelos males causados pelo hábito de fumar. Não podemos esquecer de que a indústria fumígena e o próprio fumante ativo - este, no caso dos danos individuais - concorrem para a causação dos danos. Com isso, sustenta-se que com relação aos danos sociais, deve haver uma corresponsabilidade entre o Estado e a Indústria fumageira, e no que se refere aos danos individuais, a indenização deverá ser fixada de acordo com os riscos assumidos pelo Estado, pela indústria tabaqueira e pelo fumante, aplicando-se para tanto a equidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Agência**. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/agencia>>. Acesso em: 17 de set. de 2012.

_____. **Exposição Involuntária a fumaça**. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/Inicio/Derivados+do+Tabaco/Assuntos+de+Interesse/Danos+A+Saude/exposicao+involuntaria+a+fumaca>>. Acesso em: 18 de mai. de 2012.

_____. **Publicada resolução que restringe aditivo em cigarros**. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/anvisa+portal/anvisa/sala+de+imprensa/menu++noticias+anos/2012+noticias/publicada+resolucao+que+restringe+aditivos+em+cigarros>>. Acesso em: 16 de mai. de 2012.

ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO. **Imposto não paga 1/3 do custo do fumo à saúde**. Disponível em: < <http://actbr.org.br/comunicacao/noticias-conteudo.asp?cod=2183>>. Acesso em: 20 de set. de 2012.

_____. **Aspectos econômicos do tabaco**. Disponível em: <<http://actbr.org.br/tabagismo/economia.asp> >. Acesso em: 20 de set. de 2012.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social**. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Novos estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAHIA, Alexandre. **Lei de drogas viola intimidade e vida privada**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-dez-30/lei-drogas-viola-intimidade-vida-privada-dependente-quimico>>. Acesso em: 28 de set. de 2012.

BOEIRA, Sérgio Luiz; GUIVANT, Julia Silvia. **Indústria de tabaco, tabagismo e meio ambiente: as redes ante os riscos**. Cadernos de Ciência & Tecnologia, Brasília, v.20, n.1, p. 45-78, jan/abr. 2003.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Número de fumantes segue em queda no Brasil**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/4819/785/numero-de-fumantes->

segue-em-queda-no-brasil.html>. Acesso em: 18 de mai. de 2012

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.040-1 – DF. Reclamante: Glória de Los Angeles Treviño Ruiz. Reclamado: Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2002. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/24_Recl%202040.pdf >. Acesso em: 26 de set. de 2012.

BRONZATTO, Thiago. **Obrigado por fumar:** As ações da Souza Cruz subiram 1775% em dez anos. O que é que o cigarro tem?. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1009/noticias/obrigado-por-fumar>> . Acesso em: 17 de set. de 2012.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado.** 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

CIGARROS matam sete fumantes passivos por dia, apontam dados do Inca. Disponível em:<http://www.uniad.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=6022:cigarro-mata-sete-fumantes-passivos-por-dia-apontam-dados-do-inca&catid=34:se-liga-noticias&Itemid=180>. Acesso em: 18 de mai. de 2012.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DELFINO, Lúcio. **Responsabilidade Civil das Indústrias Fumígenas e o Código de Defesa do Consumidor.** Revista Jurídica UNIJUS, Uberaba-MG, V.8, n.9, nov. 2005.

_____. **Responsabilidade civil das indústrias fumígenas sob a ótica do código de defesa do consumidor.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, a.13, p.195, jul./set.2004.

_____. **Responsabilidade Civil & Tabagismo.** Curitiba: Juruá, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI, dicionário da língua portuguesa**. 3ª ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1999.

FORMENTI, Lígia. **Brasil gasta R\$ 21 bi com o tratamento de doenças relacionadas ao tabaco**. Disponível em: <<http://clinicaalamedas.wordpress.com/2012/05/31/brasil-gasta-r-21-bi-com-tratamento-de-doencas-relacionadas-ao-tabaco/>>. Acesso em 18 de set. de 2012.

GONÇALVEZ, Carolina. **Descubra as substâncias do cigarro que são nocivas à saúde**. Disponível em: <<http://www.minhavidacom.br/saude/materias/13305-descubra-as-substancias-do-cigarro-que-sao-nocivas-a-saude>>. Acesso em: 15 de mai. de 2012.

GUGLINSKI, Vitor. **Mudança de paradigma sobre a indústria de cigarro**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-22/mudanca-paradigma-responsabilidade-industria-cigarro>>. Acesso em: 14 de nov. de 2012.

HEREZ, Santos. **O cigarro contra legem**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/37733/3>>. Acesso em: 10 de mai. de 2012.

INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER. **Tabagismo: Danos e Números**. Disponível em: <www.inca.gov.br/tabagismo/dadosnum/inicial.asp?pagina=mundo> Acesso em: 19 de mai. de 2012.

_____. **Tabagismo no mundo**. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=dadosnum&link=mundo.htm>> Acesso em 17 de mai. de 2012.

_____. **Tabagismo passivo**. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=passivo&link=tabagismo.htm>> Acesso em: 18 de mai. de 2012.

LOPES, Angela Cristina. **Intoxicações e envenenamentos**. Disponível em: <<http://www.hospvirt.org.br/enfermagem/port/enfintox.htm>>. Acesso em: 20 de set. de 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional 55, de 20.9.2007. São Paulo: Malheiros Editores,

2007.

MELO, Raimundo Simão de. **Dois anos da lei antifumo de São Paulo: Um bom exemplo de proteção da vida e da saúde humana.** Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/689_Artigo_Raimundo_Simao_de_Melo.pdf>. Acesso em: 18 de mai. de 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL. **Mobilização para controle do tabaco – Fórum I.** Disponível em: <<http://www.mpdf.gov.br/comunicacao/ultimas/outras/2004/3105tabaco.htm>>. Acesso em: 19 de set. de 2012.

MORAES, Marina Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OMS diz que cigarro pode matar um bilhão. Disponível em: <<http://www.diarioonline.com.br/noticia-192731-oms-diz-que-cigarro-pode-matar-um-bilhao.html>>. Acesso em: 16 de mai. de 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Fumo mata um adulto a cada seis segundos, estima a OMS.** Disponível em: <<http://www.onu.org.br/fumo-mata-um-adulto-a-cada-seis-segundos-estima-estudo-da-oms/>>. Acesso em: 16 de mai. de 2012.

RIBEIRO, Weslley Carlos. JÚLIO, Renata Siqueira. **Autonomia privada e regulação estatal: uma reflexão sobre a atuação do Estado na regulamentação dos produtos derivados do tabaco.** Revista da Faculdade Mineira de Direito, v.12, n. 23, jan./jun. 2011.

_____. Uma análise da responsabilidade civil por danos coletivos causados pelo tabaco. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira (org.) **Direito processual em movimento.** vol. II. Curitiba: CRV, 2012.

ROSEMBERG, José. **Nicotina. Droga Universal.** São Paulo: SES/CVE, 2003.

SALAZAR, Andrea Iazzarini. GROU, Karina Bozalo. **Ações indenizatórias Contra a Indústria do Tabaco: Estudo de casos e jurisprudência.** p. 113. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/633_publicacao_c_capa_final.pdf> Acesso em: 27 de set. de 2012.

SILVA, Antonia de Oliveira; SOUZA, Cristina Maria Miranda de; GASPAR, Maria Filomena Mendes; PAREDES, Maria Adelaide Silva; TURA, Luiz Fernando Rangel; JESUÍNO, Jorge Correia. **Tabaco e saúde no olhar de estudante universitários**. Revista Brasileira de Enfermagem. Brasília, p. 423-427, 2008. Disponível em: <http://www.tabacozero.net.br/uploads/conteudo/358_Tabaco_e_saude_no_olhar_de_estudantes_universitarios.pdf>. Acesso em 16 de mai. de 2012.

SPITZCOVSKY, Celso. **O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde**. Disponível em: <<http://www.scma.com.br/service4.html>>. Acesso em: 17 de set. de 2012.

TARTUCE, Fávio, **Responsabilidade civil objetiva e risco – Teoria do risco concorrente**. São Paulo: Método, 2011.

UN urges concerted global action to stem deadly toll from tobacco use. Disponível em: <<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=38555&Cr=tobacco&Cr1=&Kw1=tobacco&Kw2=&Kw3=>>>. Acesso em: 16 de mai. de 2012.

VILANOVA, Roberta. **Projeto vida no trânsito terá ações integradas**. Disponível em: <<http://www.sespa.pa.gov.br/index.php/noticias/243-projeto-vida-no-transito-tera-acoes-integradas>> Acesso em: 21 de set. de 2012.