

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

CARLOS EDUARDO SILVA E SOUZA

ROBERTO SENISE LISBOA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Carlos Eduardo Silva e Souza; Roberto Senise Lisboa. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-699-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

A presente publicação conta com os artigos aprovados e apresentados no XXVII Congresso Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, cuja realização se deu na UNISINOS, em Porto Alegre/RS, no período compreendido entre os dias 14 a 16 de novembro de 2018.

Os trabalhos aqui apresentados são fruto de diálogos, reflexões e pesquisas realizadas, sobretudo, no âmbito de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado), tendo como norte condutor a disciplina de direito civil contemporâneo, enfrentando temáticas relevantes e atuais.

É possível se perceber que os trabalhos aqui reunidos podem ser agrupados em 4 eixos básicos, quais sejam: (i) teoria geral de direito civil; (ii) responsabilidade civil; (iii) direito de família; e (iv) direitos reais.

No âmbito da teoria geral de direito civil, os temas abordados nos artigos científicos enfrentaram assuntos como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a teoria das incapacidades, a tomada de decisão apoiada, o direito ao esquecimento, a colisão de direitos fundamentais e o respeito como direito da personalidade.

Já no âmbito da responsabilidade civil, os trabalhos enfrentaram temas como o tabagismo, a objetividade no sistema de responsabilização, a reparação do proprietário de veículo conduzido por terceiro, a responsabilidade civil médica, a indenização pela perda do tempo útil e a questão dos seguros.

No âmbito do direito de família, os artigos enfrentaram temas como o poliamor, a poliparentalidade e o contrato de namoro.

Por fim, no âmbito dos direitos reais, os temas abordados nos trabalhos apresentados estão relacionados com o direito real de laje e com a usucapião extrajudicial.

Como se vê, temas de relevância e inserção social são enfrentados nos referidos trabalhos, o que evidencia a pertinência e atualidade dos artigos apresentados, de forma a se recomendar

a sua consulta, bem como a necessidade de se registrar as homenagens aos organizadores do Congresso pelo importante trabalho que prestam à comunidade acadêmica de pós-graduação com a realização de eventos dessa natureza.

Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa

Coordenador do PPGD/FMU

Prof. Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza

Coordenador do PPGD/UFMT

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR TABAGISMO: UMA VISÃO À LUZ DA
PRESUNÇÃO DE CAUSALIDADE**

**CIVIL LIABILITY FOR TOBACCO: A POINT OF VIEW ACCORDING TO THE
PRESUMPTION OF CAUSALITY**

Bruno Terra de Moraes ¹

Resumo

Os pleitos de indenização por danos decorrentes de tabagismo são recorrentes no Judiciário. Ocorre que a jurisprudência é resistente à concessão de indenização nos referidos casos. Um dos principais motivos para tanto é a impossibilidade científica de se apontar com absoluta certeza o nexo entre o tabagismo e a moléstia alegada. Diante disso, deve-se estudar se, à luz das atuais teorias relativas ao nexo causal, a mencionada impossibilidade é, de fato, um empecilho à concessão de indenização em tais casos, inclusive levando-se em consideração a hipótese de presunção de causalidade.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, Tabagismo, Presunção de causalidade

Abstract/Resumen/Résumé

Claims for damages due to smoking are common in the Judiciary, but the jurisprudence is resistant to the granting of compensation in such cases. One of the main reasons for this is the scientific impossibility of pointing out with absolute certainty the link between smoking and the alleged disease. Because of this, is important to study whether, according to current theories related to the causal link, the aforementioned impossibility is, in fact, an obstacle to the granting of compensation in such cases, even taking into account the hypothesis of presumption of causality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil liability, Smoking, Presumption of causality

¹ Mestre e Doutorando pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

São muito conhecidos os casos de pleito de indenização por danos decorrentes do tabagismo. Contudo, a jurisprudência não parece ser simpática quanto à possibilidade de responsabilização nesses casos. Uma das principais razões para tanto é a impossibilidade científica de se apontar, com certeza, se a moléstia da vítima foi, de fato, causada pelo tabagismo. Ou seja, a resistência em se reconhecer a responsabilidade civil reside, em grande parte, no argumento da falta de comprovação do nexo causal entre o tabagismo e o dano alegado.

De fato, a ciência, em seu atual estágio, não consegue apontar com absoluta certeza, no caso concreto, o nexo de causalidade entre o tabagismo e as moléstias a ela associadas. O que se indaga e se pretende abordar no presente trabalho é se tal incerteza é um empecilho à configuração da responsabilidade civil e do dever de indenizar. A fim de responder a essa indagação, cumpre tratar, em primeiro lugar, do nexo causal no contexto da responsabilidade civil, analisando-se a evolução das teorias relativas à causalidade, bem como acerca de sua flexibilização, essa tendente a aumentar as hipóteses de danos ressarcíveis. Posteriormente, serão verificadas as diversas manifestações dessa flexibilização no nexo causal.

Por fim, o estudo se voltará para o caso específico da responsabilidade civil por tabagismo. Nesse contexto, será verificado se é possível o estabelecimento do nexo causal entre o consumo de tabaco e as moléstias que com ele mais se correlacionam. É dizer: pretende-se verificar se, à luz das mais atuais teorias relativas ao nexo causal, é possível superar o fato de que a ciência, ainda hoje, não consegue estabelecer com absoluta certeza se determinada moléstia advém do consumo do tabaco. Em outras palavras: pretende-se verificar se as referidas limitações científicas acabam por se tornar um óbice intransponível à configuração do nexo causal entre tabagismo e as doenças a ele correlacionadas.

A fim de se estabelecer um corte na análise, aqui serão tratados os casos em que o início do consumo de cigarros se deu anteriormente à Lei n.º 9.294/96, marco na restrição da propaganda de cigarro, que regulamentou o art. 220, § 4.º da CRFB/88.¹ Opta-se por esse corte temporal já que, após a aquela lei, o marketing agressivo tendente ao consumo do tabaco perdeu substancialmente o seu poder indutor do consumo de produtos fumígenos, o que pode levar a uma maior dificuldade na configuração do dever de indenizar da indústria do cigarro.

¹ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
[...]

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL E O NEXO CAUSAL

A responsabilidade civil vem disciplinada, fundamentalmente, nos arts. 186² e 927³ do Código Civil. Da leitura dos referidos dispositivos, percebe-se que neles constam os requisitos tradicionalmente considerados para a configuração daquela responsabilidade, quais sejam, o dano, o nexo causal e a culpa (VENOSA, 2015, p.7). Note-se que a configuração de responsabilidade civil impregnada do requisito da culpa carrega um viés de moralização da conduta dos indivíduos, contendo, pois, um caráter de reprovabilidade (MULHOLLAND, 2010, p.13-14). Emerge daí a noção de *ato ilícito*.⁴

O que daí se nota é que, em uma visão tradicional, não haveria responsabilidade sem a presença de uma conduta culposa. Trata-se de uma noção de ilicitude subjetiva (MULHOLLAND, 2010, p.26), voltando-se a atenção, portanto, muito mais para a conduta do agente do que para o seu resultado.

No que se refere à culpa, estando ela vinculada ao *animus* do agente, parece evidente a dificuldade de sua comprovação no caso concreto, de modo a conduzir à impossibilidade da reparação do dano (SCHREIBER, 2013, p.17). Com vistas à promoção de uma situação mais justa, verificou-se uma evolução do direito, de modo a mitigar a necessidade de comprovação da culpa. Logo, da noção clássica de culpa, passou-se às hipóteses de “presunções *juris tantum*, e daí à responsabilidade legal” (DIAS, 2012, p.17).

Em virtude de tal insuficiência, a responsabilidade civil experimentou significativa evolução ao longo do tempo, notadamente com um viés de aumento das hipóteses de danos ressarcíveis. Isto se ancorou, sobretudo, na emergência da noção de dano injusto.⁵

Infere-se daí, assim, uma subversão da lógica tradicional, deixando de ter importância a noção de necessidade de reprovação do ato do agente causador do dano, passando-se à importância da noção de necessidade de ressarcir aquele que sofre o dano injusto. O que justifica a indenização é a existência de dano injusto, não o juízo de valoração

§ 4.º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

² Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

³ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁴ Nesse contexto, o *ato ilícito* seria entendido como o “ato voluntário, não fato, consistente em um comportamento ativo ou omissivo, que com culpa do agente, viola direito de outrem, causando-lhe prejuízo”. (AMARAL, 2014, p.580).

⁵ Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, o dano será injusto “quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida.” (BODIN DE MORAES, 2003, p.179).

acerca do ato praticado pelo agente. Isso é o que Orlando Gomes (1980, p.293 apud FACHIN, 2011, p.28). denominou *giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto*. A modificação da lógica até então vigente se baseia, sobretudo, na posição que o indivíduo ocupa no ordenamento jurídico brasileiro, já que alçado ao seu cume, em razão do disposto no art. 1.º, III da CRFB/88⁶, o qual coloca a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República.

Em fase posterior, ainda seguindo-se a tendência de se conferir maior proteção à vítima, em alguns casos específicos a lei retirou da culpa o *status* de pressuposto da reparação, bastando, assim, o dano e o nexo causal (MONTEIRO FILHO, 2008, p.71). Deu-se, portanto, nas palavras de Gisela Sampaio (2005, p.17), um processo de *desculpabilização*, com o incremento das hipóteses de responsabilidade objetiva.

Com o advento do art. 927 do Código Civil, particularmente do seu parágrafo único, instituiu-se autêntica cláusula geral de responsabilidade objetiva relativa às atividades de risco (MONTEIRO FILHO, 2008, p.72). Não é demasiado acentuar que a ousadia do legislador, ao instituir a cláusula geral de responsabilidade objetiva, acaba pondo de lado a culpa como pressuposto prevalente da responsabilidade civil, retirando da responsabilidade objetiva a ideia de excepcionalidade (SCHREIBER, 2013, p.23), mormente se for levado em consideração, ainda, que nas discussões que envolvem relação consumerista a responsabilidade objetiva encontra campo fertilíssimo, sobretudo por força do disposto no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor.⁷

Mas a evolução da responsabilidade civil não se limitou ao aspecto da culpa. Espalhou-se, ainda, para o nexo de causalidade. Não chega a haver um significativo dissenso na doutrina acerca da definição de nexo causal. Para Anderson Schreiber (2013, p.55), entende-se esse como o “vínculo que se estabelece entre dois eventos, de modo que um represente a consequência do outro”. Com palavras diversas, mas com o mesmo sentido, Fernando Noronha (2013, p.499) define o nexo de causalidade como sendo o “elo que liga o dano ao fato gerador”. Orlando Gomes (2011, p.79) não discrepa, entendendo por nexo causal a “relação de causa e efeito entre o ato (fato) e o dano”.

⁶ Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]

III - a dignidade da pessoa humana.

⁷ “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”.

O que se infere da leitura das definições de nexos de causalidade acima postas é a ideia de que o dano deve ser consequência do ato do agente. Quanto a esta ideia, repita-se, não parece haver controvérsia. A dificuldade da questão reside em outro ponto, relativo a quando este nexo ocorrerá.

Importante ter mente, antes de tudo, que essa relação causa-efeito não é meramente fática, natural. Vale dizer: a mera relação fática de causa-efeito não conduz à automática configuração da responsabilidade civil, mesmo estando presentes os seus demais elementos. Na realidade, o importante é que a relação causa-efeito seja qualificada, isto é, é necessário que o ordenamento jurídico indique quais componentes do mundo dos fatos é que terão relevância jurídica para a configuração do nexo. E isto fica muito claro ao se analisar o histórico da evolução das teorias relativas ao nexo de causalidade. Tais teorias existem em número expressivo, mas este trabalho se concentrará na breve análise: a) da teoria da equivalência das condições; b) da teoria da causalidade adequada; c) da teoria da causalidade eficiente; e d) a teoria da causalidade direta e imediata (SCHREIBER, 2013, p.56).

A mais antiga das teorias relativas ao nexo causal é a teoria da equivalências das condições, a qual preconiza que todos os antecedentes que contribuíram, de qualquer forma, para a provocação do dano, serão igualmente considerados *causa* (SCHREIBER, 2013, p.56). Tendo-se em vista que todos os fatos são acarretados por outros fatos que, por sua vez, são acarretados por outros tantos, não é difícil imaginar que a aplicação ao direito civil da teoria da equivalência das condições emprestaria relevância jurídica a uma miríade de situações e agentes, a dificultar, até mesmo, a busca pela adequada indenização. Afinal, no seio da infinidade de possibilidades, a quem seria imputada a responsabilidade? A todos os componentes de uma cadeia causal tendente ao infinito? A apenas um deles? A alguns? Qual ou quais?

Decerto que a dificuldade acima apontada impôs um refinamento no que tange ao estudo do nexo causal, desaguando-se, assim, na teoria da causalidade adequada, mais restritiva, segundo a qual será considerado causa aquele evento que, abstratamente, é o mais apto a gerar determinado efeito específico (MULHOLLAND, 2010, p.150). A adoção da dessa teoria acabou por reduzir, assim, o espectro de causas em relação à teoria da equivalência das condições. Porém, este esforço de melhor conformar juridicamente o nexo causal não ficou imune a críticas. Afinal, argumentou-se que a análise em abstrato da aptidão de determinado evento provar determinado efeito acarretaria incerteza e insegurança relevantes (SCHREIBER, 2013, p.59).

Em resposta às críticas relativas à incerteza acarretada pela análise em abstrato própria da teoria da causalidade adequada, emergiu a teoria da causalidade eficiente, também conhecida como teoria da condição mais ativa. Para esta, “a causa será a condição que foi eficiente para a obtenção do resultado danoso” (MULHOLLAND, 2010, p.179). A referida teoria carrega, portanto, a noção central de que, dentre as circunstâncias que contribuíram para a produção do resultado, a causa será aquela determinante para a produção do resultado, quer sob o aspecto qualitativo, quer sob o aspecto quantitativo (SCHREIBER, 2013, p.59), levando-se em consideração, assim, o ocorrido no caso concreto.

A crítica realizada à teoria da causalidade eficiente é, basicamente, a de que, nela, não se conseguiu estabelecer critérios objetivos para se definir qual a causa mais eficiente no caso concreto (SCHREIBER, 2013, p.60). Diante disso, no sentido de se conferir maior objetividade à verificação da causa, desenvolveu-se a teoria da causalidade direta e imediata, também denominada teoria da causa próxima, segundo a qual, “em sua formulação mais simples, considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva” (SCHREIBER, 2013, p.60). Na letra do Código Civil, foi esta a teoria adotada, conforme o disposto no seu art. 403.⁸ Frise-se que apesar de ambos os artigos adotarem o termo *inexecução*, importante notar que restou consagrada a interpretação no sentido de que os dispositivos em questão também se estenderam às hipóteses de responsabilidade civil extracontratual (SCHREIBER, 2013, p.61).

Quanto à teoria da causalidade direta e imediata, surgiu a crítica de que nem sempre o evento mais próximo do resultado será aquele determinante para a sua produção (MULHOLLAND, 2010, p.181). Emergiram daí, então, subteorias que procuraram refinar a noção do que é um evento “direto e imediato”. Delas, a que, ao que parece, alcançou maior sucesso, foi a criada por Dumoulin e Pothier, que, ao analisar o sentido da expressão direto e imediato, explica “que o dever de reparar somente surge quando o evento danoso é efeito necessário de determinada causa” (CRUZ, 2005, p.100), de modo que os termos *direto e imediato* devem ser interpretados como *necessários*.⁹ Portanto, devem ser considerados como *causa* aqueles eventos que guardam uma relação de necessariedade com o resultado, devendo, pois, ser afastados todos aqueles eventos que não possuem tal característica. Logo, mesmo

⁸ “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

⁹ Assim, de acordo com Gisela Sampaio (2005, p.101-102): Segundo esta escola, ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, este só responde pelos danos que são consequência necessária do inadimplemento, mas não pelos originados de outras consequências não necessárias, de mera ocasião. Excluem-se, pois, os danos ulteriores, oriundos de novas causas, sempre que estas não sejam efeito imediato e direto do inadimplemento da obrigação.

danos indiretos poderão ser passíveis de indenização, desde que sejam uma decorrência necessária do ato (TEPEDINO, 2006, p.69).

Apresentadas as teorias relativas à causa, deve ser observado que, tal como ocorre com a culpa, não raro a comprovação cabal, por parte da vítima, do nexo de causalidade, torna-se deveras penosa. E quando essa dificuldade impede a demonstração do nexo no caso concreto, aferrar-se às teorias apresentadas implica a impossibilidade de ressarcimento do dano. Como resposta a essa situação, foi concebida, até mesmo, a possibilidade de o julgador presumir a existência do nexo, de maneira a possibilitar o ressarcimento da vítima, o que será adiante melhor desenvolvido (MULHOLLAND, 2010, p.196).

Note-se, assim, que se verifica no direito brasileiro a flexibilização do nexo causal, com vistas a não deixar a vítima sem ressarcimento. A flexibilização não quer dizer, contudo, que o nexo tenha deixado de ser um elemento necessário para a caracterização da responsabilidade civil. Na realidade, o que se verificou foi a flexibilização daquilo que será considerado nexo causal no caso concreto.

3 MANIFESTAÇÕES DA FLEXIBILIZAÇÃO DO NEXO CAUSAL

3.1 RELATIVIZAÇÃO DAS EXCLUDENTES DE CAUSALIDADE

A flexibilização do nexo causal pode se apresentar de diversas formas. A primeira das manifestações da flexibilização no nexo causal ocorre por meio da relativização das excludentes de causalidade (SCHREIBER, 2013, p.68). Vale dizer: situações que, em tese, poderiam ser considerados fatores externos a interromper o nexo de causalidade, não produzirão tal efeito. Quais seriam os fatores mais comuns de interrupção do nexo de causalidade? Para Anderson Schreiber (SCHREIBER, 2013, p.68), eles seriam três, a saber: “I) o caso fortuito ou a força maior; II) a culpa exclusiva da vítima; e III) o fato de terceiro”. A relativização mencionada se manifesta, então, na retirada do poder interruptivo desses fatores, o que faz com que se mantenha a responsabilidade do agente causador do dano. Um exemplo de concretização desta relativização é a teoria do fortuito interno. A esse respeito, mais uma vez se invoca a lição de Anderson Schreiber :

[...] ganha calorosa acolhida em diversos ordenamentos a chamada *teoria do fortuito interno*, desenvolvida no âmbito das relações de consumo, a fim de evitar a exclusão

da responsabilidade do fornecedor por acontecimentos que, embora imprevisíveis e irresistíveis, se verificam anteriormente à colocação do produto no mercado.¹⁰

Daí se depreende que a flexibilização das excludentes de causalidade tem como efeito primordial a manutenção da responsabilização do agente, possibilitando, por conseguinte, a reparação do dano.

Outra manifestação de relativização das referidas excludentes é a aferição restritiva da culpa exclusiva da vítima e do fato de terceiro. Exemplo disso é quando se considera que uma conduta pouco diligente da vítima se inclui nos riscos do negócio.¹¹

3.2 PRESUNÇÕES DE CAUSALIDADE

Outra candente manifestação da flexibilização do nexos causal é a presunção de causalidade. Ela também é concebida em contexto no qual, em razão da dificuldade de provar o nexos causal, a vítima ficaria a descoberto caso consideradas, apenas, as teorias convencionais do nexos. Logo, a fim de possibilitar o ressarcimento da vítima em situações nas quais a prova do nexos é por demais penosa, permite-se ao juiz lançar mão da presunção, “por meio de um juízo probabilístico” (MULHOLLAND, 2010, p.196). A presunção de causalidade, assentando-se na mera probabilidade, implica o afastamento, portanto, da característica da certeza. A presunção implica considerar como sendo causa situações que, naturalmente, podem não ser. Ou seja, pressupondo a presunção uma falta de certeza quanto ao estabelecimento real do nexos causal, ao se lançar mão daquele mecanismo, pode ser considerada causa uma situação que, sob o ponto de vista meramente naturalístico, não o foi.

A estranheza com essa expansão das hipóteses de causa, contudo, deve ser deixada de lado. Isso porque não é novidade que o tratamento jurídico dado ao fato é que se trata do fator determinante para a caracterização do nexos causal, e não o fato em si. Na responsabilidade civil por omissão, por exemplo, o que define a causa, mais que o fato em si,

¹⁰ A esse respeito, mais uma vez se invoca a lição de Anderson Schreiber (2013, p.68): “[...] ganha calorosa acolhida em diversos ordenamentos a chamada *teoria do fortuito interno*, desenvolvida no âmbito das relações de consumo, a fim de evitar a exclusão da responsabilidade do fornecedor por acontecimentos que, embora imprevisíveis e irresistíveis, se verificam anteriormente à colocação do produto no mercado”.

¹¹ Exemplo trazido à baila por Anderson Schreiber é o caso do escorrega, constante do Recurso Especial 287.849/SP, com julgamento em 17/04/2001, do qual foi Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. No referido caso, um jovem, que se encontrava hospedado em um hotel fazenda em Serra Negra, subiu de madrugada no trampolim e mergulhou de cabeça na piscina. Essa, porém, não era suficientemente profunda, o que fez com que o indivíduo chocasse sua cabeça contra o fundo da piscina, o que lhe acarretou graves ferimentos. Em sede de Recurso Especial o Superior Tribunal de Justiça manteve a responsabilização do hotel e da agência de viagens. (SCHREIBER, 2013, p.71).

é o tratamento jurídico a ele conferido. Isso porque, sob o ponto de vista meramente factual, é totalmente antinatural que uma omissão venha a inaugurar um fluxo causal. Afinal, a omissão somente se verifica em um contexto no qual já se nota a existência de um fluxo causal decorrente de fato comissivo.

Por outro ângulo, deve-se ter em mente que não há um dever genérico de agir imposto pelo ordenamento jurídico. Muito pelo contrário, de acordo com o princípio da legalidade, a imposição de uma ação não deve se dar senão em virtude de lei, conforme disposto no art. 5.º, II da CRFB/88.¹² A regra, portanto, pode-se dizer, é a liberdade de agir ou não agir conforme bem entender o sujeito.¹³ Logo, para haver omissão relevante para a responsabilidade civil não basta uma simples inércia. Mas sim, essa inércia deve ser juridicamente qualificada e ela somente o é quando o ordenamento jurídico impõe o dever de agir e, não obstante, o agente se queda inerte (CARVALHO, 1999, p.116).

Portanto, mesmo sem a certeza de que determinado fato, no mundo real, tenha gerado o resultado observado, o direito pode atribuir ao referido fato a pecha de *causa*. Efeito semelhante é o que ocorre nas presunções de causalidade: o direito considerará causa um fato que, não necessariamente, tenha produzido, no mundo real, o resultado observado.¹⁴

Segundo Caitlin Mulholland (2010, p.203), “através da análise dos indícios trazidos aos autos ou de conhecimento do magistrado, este os utiliza como motivadores da presunção, tendo como base para tal as regras de experiência [...]”E a possibilidade de o juiz julgar via presunção baseada nas regras de experiência está prevista no art. 375 do CPC/15.¹⁵ Portanto, por meio das regras de experiência, o juiz, analisando os indícios apontados, deduz haver um liame causal entre conduta e resultado, ainda que à míngua da comprovação cabal de tal liame (MULHOLLAND, 2010, p.204).

¹² “Art. 5.º [...]”

II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

¹³ Segundo José Afonso da Silva, “o texto constitucional [...] prevê a liberdade de fazer, a liberdade de atuar ou liberdade de agir como princípio. Vale dizer: o princípio é o de que todos têm a liberdade de fazer e de não fazer o que bem entender, salvo quando a lei determina o contrário”. (SILVA, 1997, p.229).

¹⁴ Com relação às presunções, remeta-se aos ensinamentos de Francisco Amaral: “As presunções são processos lógicos que se baseiam nas regras da experiência da vida [...] segundo o que ‘um fato é consequência típica do outro.’ Nascem da dificuldade ou até impossibilidade de provarem-se certos fatos, o que obriga o legislador a contentar-se com indícios como prova de fato jurídico, para que o juiz possa extinguir o conflito de interesses. Diz-se por isso que ‘presunção é a consequência que a lei ou o magistrado tira de um fato conhecido para provar um desconhecido’. [...] O direito diz o que é provável que seja”. (AMARAL, 2014, p.61).

3.3 ATIVIDADES DE RISCO

Como apontado acima, a presunção de causalidade manifesta-se por meio das regras de experiência do magistrado, a teor do que preceitua o art. 375 do CPC/15. Entretanto, no que se refere às atividades de risco, a perspectiva acima abordada pode ser reforçada ante a previsão do parágrafo único do art. 927¹⁶ do Código Civil. O dispositivo preceitua que a responsabilidade civil pelas atividades de risco prescinde de culpa nos casos em que o risco é inerente à atividade considerada. Encontra-se na norma, assim, a consagração da responsabilidade objetiva nas hipóteses de atividade de risco, já que esses casos prescindem da demonstração de culpa.

Evidentemente que o art. 927, parágrafo único, não foi concebido com vistas à configuração de nexos causal, mas sim à configuração da responsabilidade. Afinal, o próprio dispositivo já fala em *autor do dano*, o que implica, necessariamente, a já existência prévia de um nexo causal. Ocorre que um dos efeitos do dispositivo mencionado é o de reforçar a possibilidade de utilização da presunção, conforme previsto no art. 375 do CPC/15, o que aumenta as hipóteses de estabelecimento de nexo de causalidade.

A redação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, em que pese cristalina, se seguida literalmente pode acarretar dificuldades práticas na sua aplicação. Afinal, como aponta Sérgio Cavalieri Filho (2014, p.217), “na sociedade moderna todas ou quase todas as atividades implicam algum risco”. Cumpre aferir, assim, o que deve se entender por *atividade de risco*, sob pena de se empregar um sentido muito amplo à referida expressão.¹⁷

Para Sérgio Cavalieri Filho (2014, p.219), o campo de incidência do parágrafo único do art. 927 do Código Civil são as atividades relativas ao campo dos serviços, e que apresentem um risco inerente, isto é, “a natureza da atividade é que irá determinar, no caso concreto, a sua propensão à criação do risco” (p.220). Para Anderson Schreiber (2013, p.23),

¹⁵ Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

¹⁶ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹⁷ Vale expor a preocupação de Sílvio de Salvo Venosa quanto ao tema do possível alargamento excessivo das hipóteses de responsabilidade civil objetiva nos casos de atividade de risco, ainda que ela pareça sofrer excessiva influência da tradição brasileira de conferir primazia à responsabilidade subjetiva: “Essa norma da lei mais recente transfere para a jurisprudência a conceituação de atividade de risco no caso concreto, o que talvez signifique perigoso alargamento da responsabilidade sem culpa. É discutível a conveniência, ao menos na atualidade, de uma norma genérica nesse sentido. Melhor seria que se mantivesse ainda nas rédeas do

o legislador, no parágrafo único do art. 927 do Código Civil pretendeu “referir-se às atividades que trazem risco elevado, risco provável, verdadeiro perigo de dano”. Independentemente da exata noção daquilo que se entenda por “atividade de risco”, certo é que, em que pese certas situações serem limítrofes, as ideias acima postas dão conta, ao menos, de muitas situações cujo risco parece ser claro.

E da análise das situações de risco, nota-se que nesses casos a presunção de causalidade é amparada por mais segurança. Vale dizer: a presunção de causalidade e a aplicação da teoria do risco no caso concreto são situações nas quais a presença da discricionariedade judicial é relevantíssima. Isto porque, se a aplicação da presunção se dá de acordo com as regras de experiência do magistrado, conforme o disposto no art. 375 do CPC/15, resta claro um amplo campo para a discricionariedade. Igualmente, para fins de aplicação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, tendo-se em vista tratar-se de uma cláusula geral, abre-se significativo espaço à discricionariedade judicial. Como não há a enumeração na legislação das hipóteses de aplicação da responsabilidade objetiva pela teoria do risco, cumpre ao magistrado definir as atividades sujeitas à sua incidência (SCHREIBER, 2013, p.23).

Isoladamente considerada, a aplicação da regra de experiência conforme o art. 375 CPC/15 oferece um espaço muito mais amplo à discricionariedade judicial do que se conjugarmos o referido dispositivo com o parágrafo único do art. 927 do Código Civil. O que se quer dizer com isso é que o mencionado parágrafo único, ainda que sua aplicação pressuponha um nível de discricionariedade judicial, confere um parâmetro para que o juiz aplique o disposto no art. 375 do CPC. Dito isso, afirma-se que a presunção de causalidade pode ocorrer baseada na utilização da teoria do risco. Logo, os casos em que incide a teoria do risco são um campo fértil para a aplicação da presunção de causalidade. Trata-se, assim, da teoria do risco não como um meio para configurar um ato passível de acarretar uma indenização, mas sim para configurar o nexo de causalidade entre um ato e o dano verificado.

Dentre outras, situação na qual pode ser extremamente útil a aplicação do que se disse acima é a daquela em que não há uma comprovação cabal, científica, do nexo causal. Exemplo claro disso é a hipótese de responsabilidade civil por danos causados pelo tabaco, como a seguir será demonstrado.

legislador com norma descritiva a definição das situações de aplicação da teoria do risco, embora, nesse campo, seja tempo de reformar, revolucionar, de superar limites [...]” (VENOSA, 2015, p.15).

4 O NEXO CAUSAL E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANOS CAUSADOS PELO TABACO

O tabagismo é considerado uma doença crônica, sendo um fator de risco para mais de cinquenta doenças e responsável por mais de 6 milhões de mortes anuais em todo o mundo, e 200 mil mortes no Brasil.¹⁸ Com relação ao câncer de pulmão, por exemplo, um fumante possui 20 vezes mais chances de ser por ele vitimado do que um não fumante.¹⁹ Aliás, cerca de 90% dos casos de câncer de pulmão ocorrem em fumantes, bem como 85% das mortes por doença pulmonar obstrutiva crônica.²⁰

Portanto, dos números acima citados, demonstra-se que é razoável atribuir-se a causa de um câncer de pulmão ou de uma doença pulmonar obstrutiva crônica ao consumo do cigarro. Ocorre que, apesar do alto grau de probabilidade, não há a absoluta certeza de que o câncer em determinado indivíduo tenha sido, de fato, causado pelo consumo de cigarro. Vale dizer: o câncer de pulmão, por exemplo, está associado ao consumo de cigarro em 90% dos casos, como acima se disse; porém, em havendo um percentual, ainda que baixo, de pessoas que não fumam, mas são acometidos pela referida moléstia, é certo dizer que nem todos os casos de câncer de pulmão são causados pelo cigarro. Diante disso, há um percentual de casos de câncer de pulmão que são acarretados por questões aleatórias. Mesmo em fumantes, pode ser que a causa determinante para a ocorrência de tal tipo de câncer tenha sido outra, que não o consumo do cigarro. Assim, apesar da alta probabilidade, não há como se afirmar com 100% de certeza que determinado câncer foi causado pelo consumo do cigarro.

É de se indagar se esta circunstância é passível de inviabilizar a responsabilidade civil do fabricante de cigarros pelos danos causados ao fumante, por ausência de comprovação cabal do nexo. A situação já é conhecida dos tribunais superiores, sendo exemplo o acórdão prolatado no Recurso Especial 1113804/RS.²¹ Nesse processo, a

¹⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). **Danos à saúde**. Disponível em: <goo.gl/SSEHE3>. Acesso em: 19 mar. 2018.

¹⁹ INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER (INCA). **Prevenção e fatores de risco: tabagismo**. Disponível em: <goo.gl/MY653L>. Acesso em: 19 mar. 2018.

²⁰ INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER (INCA). **Tabagismo**. Disponível em: <goo.gl/SKHgxF>. Acesso em: 19 mar. 2018.

²¹ Ementa: “RESPONSABILIDADE CIVIL. TABAGISMO. AÇÃO REPARATÓRIA AJUIZADA POR FAMILIARES DE FUMANTE FALECIDO. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. PRODUTO DE PERICULOSIDADE INERENTE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DEVER JURÍDICO RELATIVO À INFORMAÇÃO. NEXO CAUSAL INDEMONSTRADO. TEORIA DO DANO DIREITO E IMEDIATO (INTERRUPÇÃO DO NEXO CAUSAL). IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL.

1. [...]

2. A pretensão de ressarcimento do próprio fumante (cuja prescrição é quinquenal, REsp. 489.895/SP), que desenvolvera moléstias imputadas ao fumo, manifesta-se em momento diverso da pretensão dos herdeiros,

responsabilização civil da empresa de cigarros pelo câncer de pulmão que acometeu o autor foi negada. Vale colacionar trecho do voto condutor da decisão mencionada, relevante para a presente discussão:

Na hipótese de doenças neoplásicas ou carcinomas, como ocorreu no caso concreto, não há como se vislumbrar nexos causal, baseado em uma relação de necessidade, entre o tabagismo e a moléstia desenvolvida pelo *de cuius*. Isso porque a arte médica está limitada a afirmar a existência de fator de risco entre o fumo e o câncer, tal como outros fatores, como a alimentação, o álcool, carga genética e o modo de vida da pessoa, se sedentária ou estressante.

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

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

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

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

6. Em realidade, afirmar que o homem não age segundo o seu livre-arbítrio em razão de suposta “contaminação propagandista” arquitetada pelas indústrias do fumo, é afirmar que nenhuma opção feita pelo homem é genuinamente livre, porquanto toda escolha da pessoa, desde a compra de um veículo a um eletrodoméstico, sofre os influxos do meio social e do marketing. É desarrazoado afirmar-se que nessas hipóteses a vontade não é livre.

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

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

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

10. A arte médica está limitada a afirmar a existência de fator de risco entre o fumo e o câncer, tal como outros fatores, como a alimentação, álcool, carga genética e o modo de vida. Assim, somente se fosse possível, no caso concreto, determinar quão relevante foi o cigarro para o infortúnio (morte), ou seja, qual a proporção causal existente entre o tabagismo e o falecimento, poder-se-ia cogitar de se estabelecer um nexos causal juridicamente satisfatório.

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

12. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.113.804-RS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 27/04/2010. Órgão Julgador: 4.ª Turma. Publicação: DJ 24/06/2010).

Os dados estatísticos revelam que o câncer de pulmão é a mais grave e fulminante doença associada ao tabagismo, sendo que a maioria dos casos registrados no Brasil (quase 90%) a moléstia se desenvolveu em fumantes [...].

Todavia, não há comprovadamente ainda na arte médica uma causalidade necessária, direta e exclusiva entre o tabaco e o desenvolvimento do câncer – tal como exigida pelo art. 403 do Código Civil de 2002 – o que também afasta o dever de indenizar. Isso porque se mostra relevante para o mundo jurídico, no tocante à determinação do nexo causal, o fato de que diversos fumantes notórios nunca desenvolveram qualquer tipo de câncer, ao passo que pessoas de vida saudável – mesmo crianças –, que nunca fumaram, também são acometidas por este terrível mal.

Note-se, assim, que o cerne da negativa da responsabilização reside no fato de que a ciência, apesar de estabelecer o risco estabelecido entre o fumo e o câncer, não consegue detectar, com total certeza, que o surgimento da doença em alguém tenha sido, necessariamente, causado pelo cigarro. Afasta-se, assim, o nexo causal em razão dessa impossibilidade de certeza.

Concessa maxima venia, discorda-se da conclusão acima exposta. Explica-se.

Conforme já mencionado anteriormente, o juiz, utilizando-se de suas regras de experiência, pode presumir a ocorrência de um fato, à luz do que preceitua o art. 375 do CPC/15. Como se infere da leitura do referido dispositivo, a presunção decorre da observação do que ordinariamente acontece no mundo dos fatos. E quando alguém se depara com uma estatística científica segundo a qual 90% dos casos de câncer de pulmão estão associados ao consumo do cigarro, torna-se cabível a conclusão de que, ordinariamente, o câncer de pulmão é causado pelo cigarro, tamanho é o índice de ligação entre ambos os eventos.

Acresça-se a isto a noção de atividade de risco. A elevada ligação estatística entre o consumo de cigarros e diversas doenças leva à conclusão de que a atividade de produção de cigarros é de risco, isto é, trata-se de produto que traz um inerente risco de causação de danos. Portanto, parece estar-se diante de hipótese perfeitamente enquadrável no que dispõe o parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Com isso, é importante perceber que na seara da responsabilidade civil por tabagismo, em caso de o juiz entender presumidamente existente o nexo causal, não se está inserido em hipótese de arbitrariedade judicial. Afinal, as circunstâncias do caso indicam que, muito provavelmente, o dano ao fumante foi causado pelo consumo do tabaco, de acordo com os dados estatísticos que apontam a ligação entre fumo e diversas doenças, em particular o câncer de pulmão e a doença pulmonar obstrutiva crônica.

O que se quer afirmar, assim, é que o nexo causal estabelecido entre o dano (doença) e o tabagismo, a despeito de não se basear em 100% de certeza sobre o liame, é calcado em

bases sólidas. Funda-se, antes de tudo, no fato de que, estatisticamente, a ligação entre fumo e dano é fartamente demonstrável. Agregado a isto está o fato de que o artigo 375 do CPC e o parágrafo único do art. 927 do Código Civil dão substrato jurídico robusto a tal liame.

Que não se negligencie, contudo, a análise das excludentes de causalidade do contexto da presente discussão, o que ocorre nas situações de culpa da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior.²² Ou seja, deve-se analisar se a presunção de causalidade nas hipóteses de danos por tabagismo resiste ao cotejo dessa situação com as excludentes de causalidade.

As primeiras excludentes de causalidade a serem consideradas são o caso fortuito e a força maior. Ou seja, tais situações excludentes referem-se a algo que ocorreu de forma independente em relação ao ato do agente (NORONHA, 2013, p.663). No caso do tabagismo, em casos de doenças estatisticamente muito ligadas ao tabagismo, praticamente impossível será a comprovação de que a doença alegada pela parte tenha surgido em razão de fatores independentes.

Outra hipótese de excludente de causalidade a ser considerada é a culpa exclusiva da vítima. Em sendo a vítima uma consumidora de produto sabidamente nocivo, impossível será a configuração da culpa exclusiva da vítima na causação do fato danoso. Importa ressaltar que a nocividade é inerente ao tabagismo, não havendo, decerto, margem segura para o seu consumo.²³ Portanto, em se tratando de consumo de produto intrinsecamente nocivo, não há que se falar em culpa exclusiva da vítima para o surgimento da doença. Importante notar que antes das restrições à propaganda e ao consumo de cigarro advindas, inicialmente, com a Lei 9294/96, a própria indústria do tabaco associava o consumo do cigarro a situações com ele incompatíveis, como vida saudável e prática de esportes. Além disso, não se deixava clara a composição do fumo, o qual contém produtos deliberadamente viciantes. Portanto, não há que se falar em culpa exclusivamente da vítima nesses casos.

Por motivo semelhante, muito dificilmente será configurada a hipótese de fato de terceiro para que haja o rompimento nonexo causal. Afinal, o consumo do tabaco é intrinsecamente nocivo. Assim, dificilmente um dano fortemente associado ao tabagismo terá sido causado por terceiro.

²² Sílvio de Salvo Venosa apresenta as excludentes mencionadas no âmbito de sua explicação sobre as situações de risco integral, que se entende como a: “modalidade extremada que justifica o dever de indenizar até mesmo quando não existe nexo causal. O dever de indenizar estará presente tão só perante o dano, ainda que com culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.” (VENOSA, 2015, p.19).

²³ INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER (INCA). **Prevenção e fatores de risco**: tabagismo. Disponível em: <goo.gl/MY653L>. Acesso em: 19 mar. 2018.

O que se demonstra é que a responsabilidade civil por danos causados pelo tabagismo não se confunde com a hipótese de responsabilidade integral. O que ocorre, na realidade, é a dificuldade de verificação, nesses casos, das hipóteses de rompimento do nexo de causalidade.

Por fim, há que se ressaltar que, como se viu, um dos mais relevantes fatores que levam alguns magistrados a negar a responsabilidade civil por tabagismo é a existência do elemento aleatório na causação do dano. Isto é, negam a responsabilidade por ausência de nexo causal entre o ato do agente o dano, tendo-se em vista a possibilidade de que o dano tenha sido causado por fatores alheios ao tabagismo.

Certo é que a presunção de causalidade não nega a existência de um possível elemento alheio ao tabagismo que, de fato, seria o fator causador do dano. E isso é óbvio, na medida em que, se fosse diferente, não se estaria falando em presunção. Ocorre que o fato de se considerar existente a responsabilidade civil, mesmo admitindo-se o elemento aleatório, não é algo estranho ao direito. É o que ocorre, por exemplo, na perda de uma chance. Ainda que na perda de uma chance o que se pretenda indenizar seja, propriamente, a chance, e não a perda do benefício final pretendido²⁴, inegável é que jamais se saberá se aquela chance se concretizaria de forma positiva ou não. Ainda assim, admite-se o ressarcimento pela perda de uma chance, mesmo estando esta eivada do elemento aleatório.

Outro exemplo em que se admite a responsabilização, mesmo sem se ter 100% de certeza da extensão do dano é aquele relativo aos lucros cessantes, conforme previsto no art. 402 do Código Civil.²⁵ O termo “razoavelmente deixou de lucrar” deixa entrever o fato de que não há uma certeza acerca do quanto a vítima deixou de lucrar. Portanto, mesmo os lucros cessantes levam em consideração elementos sobre os quais incide, em certa medida, a álea.

O objetivo pretendido com a menção, aqui, da perda da chance e dos lucros cessantes é demonstrar que institutos consolidados no direito brasileiro levam em consideração situações, quer para fins de responsabilização, quer para fins de fixação do dano, que, em alguma medida, trazem consigo um certo nível de incerteza. Assim, considerar haver o nexo causal em casos de tabagismo, mesmo na ausência de uma prova científica que confira 100% de certeza quanto ao nexo, não contraria o ordenamento jurídico brasileiro.

²⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 13-14.

²⁵ Art. 402. 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.

E no caso da responsabilidade civil por tabagismo, com relação às doenças que lhe são típicas, como o Câncer de Pulmão e a Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica, a possibilidade de o nexo naturalmente existir é muito maior que a de não existir.

5 CONCLUSÃO

Inicialmente, realizou-se no presente estudo uma análise do nexo causal no âmbito da responsabilidade civil. Fez-se um cotejo da tendência de flexibilização do nexo causal com a perda de importância da culpa na configuração da responsabilidade civil. Demonstrou-se que ambas as situações estão ligadas por um elemento comum, que é a expansão das hipóteses de danos ressarcíveis.

Especificamente com relação ao nexo causal, fez-se um breve histórico das teorias que o embasaram, culminando-se com a possibilidade de presunção da causalidade. De qualquer modo, frisou-se que, diferentemente do que ocorreu com a culpa, o nexo causal ainda se mantém como elemento necessário para a configuração da responsabilidade civil, embora podendo aparecer de forma flexibilizada no caso concreto.

Posteriormente, passou-se à análise das manifestações da flexibilização do nexo causal, que podem ocorrer de diferentes formas. A primeira delas, por meio da relativização das excludentes de causalidade. Desta forma, situações que, vistas sob um olhar tradicional, poderiam excluir o nexo, passaram a não mais ter este efeito. Exemplo candente disso é o desenvolvimento da tese do fortuito interno.

Outra situação de relativização das excludentes de causalidade é a aferição restritiva da culpa exclusiva da vítima e do fato de terceiro. Sendo assim, situações que, em outras épocas, poderiam estar aí enquadradas, não mais estão.

Chegou-se, então, à análise mais detida da presunção de causalidade, expondo-se, inicialmente, que essa ideia surge em razão da existência de diversas situações nas quais resta muito difícil a comprovação, por parte da vítima, do nexo. Põe-se, assim, as regras de experiência do juiz acima de uma exigência de certeza.

E a possibilidade de haver uma presunção de causalidade não é incompatível com o ordenamento brasileiro. Ao contrário, existem diversas situações em que se confere uma primazia ao componente jurídico da causa, e não ao natural. Citou-se como exemplo disso a responsabilidade civil por omissão, já que a omissão, naturalmente, não tem o condão de causar um dano. Isto somente ocorre quando há uma imposição jurídica de agir, mas o indivíduo queda-se inerte.

Além disso, a legislação considera expressamente a possibilidade de que o juiz lance mão da presunção, conforme disposto no art. 375 do CPC.

Outro caso incluído como flexibilização do nexo de causalidade é o relativo às situações de risco. Evidenciou-se que o parágrafo único do art. 927 do Código Civil não foi concebido, propriamente, com vistas à configuração de nexo causal, mas sim de configuração da responsabilidade. Não obstante, demonstrou-se que a relevância jurídica conferida ao risco na responsabilidade civil tem o condão de reforçar a presunção da causalidade. Assim, em que pese o parágrafo único citado não mirar, exatamente, no nexo de causalidade, ele pode ter como efeito a sua flexibilização, ampliando as hipóteses de nexo.

Por fim, abordou-se mais especificamente a questão do nexo de causalidade na responsabilidade civil por danos decorrentes do consumo do tabaco. Demonstrou-se aí que existe uma fortíssima correlação entre o tabaco e certas moléstias, em particular o câncer de pulmão e a doença pulmonar obstrutiva crônica. Embora tal correlação atinja percentuais muito elevados, não há como se estabelecer uma certeza de que uma moléstia no caso concreto tenha sido causada, exatamente, pelo consumo do tabaco. Vale dizer: a ciência ainda não foi capaz de se desenvolver ao ponto de conferir 100% de certeza à relação de causalidade estabelecida entre o tabagismo e as doenças a ele correlacionadas.

Esta circunstância tem sido fundamento para a negativa de responsabilização civil por danos causados pelo fumo, alegando-se, para tanto, que não há a comprovação do nexo de causalidade.

Sustentou-se neste trabalho, contudo, que isso não pode servir de empecilho à responsabilização. Afinal, em primeiro lugar, pode o juiz lançar mão do disposto no art. 375 do CPC/15, isto é, pode, à luz de sua experiência e observação do que ordinariamente ocorre, presumir a existência de nexo causal entre o tabagismo e a moléstia que acomete o sujeito.

A reforçar isso, deve-se levar em consideração o fato de que a produção e disseminação de cigarros e afins é atividade claramente de risco, situação essa à qual o direito empresta grande relevância, tal como disposto no parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Trata-se, portanto, de situação facilmente enquadrável na presunção de que trata o art. 375 do CPC/15, na medida em que a relação de causalidade é aferível de acordo com “*as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece*”. Mesmo à míngua de 100% de certeza quanto ao nexo, os dados científicos disponíveis até o momento são capazes de bem subsidiar a utilização do art. 375 do CPC/15.

Ademais, demonstrou-se que as hipóteses de excludente de causalidade – caso fortuito e força maior; fato exclusivo da vítima; e fato de terceiro – dificilmente serão comprovadas em caso de tabagismo, mormente porque a nocividade é inerente ao fumo.

Por fim, demonstrou-se que não é estranho ao direito brasileiro reconhecer a responsabilidade civil em situações em que está presente o elemento aleatório. Como exemplo, citou-se a perda de uma chance – onde o elemento aleatório é determinante para a sua configuração – e os lucros cessantes, já que a expressão “razoavelmente deixou de lucrar”, constante do art. 402 do Código Civil, já deixa entrever uma situação de incerteza. Mesmo assim, o direito reconhece o dever de indenizar em ambos os casos.

Logo, demonstrou-se que a responsabilização civil por dano decorrente do tabagismo é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). **Danos à saúde**. Disponível em: <goo.gl/SSEHE3>. Acesso em: 19 mar. 2018.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <goo.gl/uiczqT>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/tp1kTX>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <goo.gl/FD9CnE>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <goo.gl/B39fZK>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.113.804-RS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 27/04/2010. Órgão Julgador: 4.ª Turma. Publicação: DJ 24/06/2010.

CARVALHO, Pedro Pitta Cunha Nunes de. **Omissão e dever de agir em direito civil**. Coimbra: Almedina, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

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

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. Contratos e responsabilidade civil: duas funcionalizações e seus traços. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.100, n.903, p.26-37, 2011.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER (INCA). **Prevenção e fatores de risco**: tabagismo. Disponível em: <goo.gl/MY653L>. Acesso em: 19 mar. 2018.

INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER (INCA). **Tabagismo**. Disponível em: <goo.gl/SKHgxF>. Acesso em: 19 mar. 2018.

JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, n.63, p.69-94, 2008.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição de danos. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexó de causalidade. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II. p.63-81.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.4.