XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

JOANA STELZER

RENATA DE ASSIS CALSING

CLAUDIA LIMA MARQUES

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Claudia Lima Marques; Joana Stelzer; Renata de Assis Calsing - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-442-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Consumismo. 3. Superendividamento. 4. Responsabilidade civil. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Apresentação

Estes anais representam a consolidação de diferentes estudos realizados por pesquisadores e estudantes oriundos de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito do Brasil que foram selecionados pelo sistema double blind peer review e apresentados e discutidos no Grupo de Trabalho Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo ocorrido por ocasião do XXVI Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília, entre os dias 19 a 21 de julho de 2017. Sob o tema "Desigualdades e Desenvolvimento: O papel do Direito nas políticas públicas" e com a parceria da Universidade de Brasília (Curso de Pós-Graduação em Direito da UnB - Mestrado e Doutorado), o encontro mais uma vez oportunizou um espaço multidimensional para as mais variadas e vívidas discussões. O CONPEDI tem se consagrado ano após ano como maior e melhor evento da Pós-Graduação em Direito do País.

O Grupo de Trabalho se destacou pela profundidade na discussão de seus temas, onde podemos destacar estudos sobre as relações de consumo, com destaque para as situações de vulnerabilidade que dela podem decorrer; sobre o consumismo em um mundo globalizado e as dificuldades e novos desafios daí decorrentes; sobre o superendividamento em suas diversas nuances; e aspectos de responsabilidade civil e penal decorrentes do direito consumerista.

Os diversos temas que integram esse volume demonstram o incontestável esforço dos autores em trazer à luz temáticas com densidade teórica e complexidade, ou seja, características oportunas para os estudos em esfera de pós-graduação.

Esta coletânea conseguiu reunir uma massa crítica de cunho reflexivo sobre diferentes temas ligados à sua área de pesquisa que se encontram na vanguarda das discussões atuais, tanto no Brasil como no exterior. Os trabalhos promovidos no encontro presencial também possibilitaram novas reflexões acerca das pesquisas selecionadas, possibilitando uma interlocução entre diferentes grupos de pesquisadores, de diferentes regiões do país e comprometidas a continuar desbravando novos temas que consigam fazer a ponte entre a academia e a função do direito nas políticas públicas que visam reduzir as desigualdades sociais existentes hoje no Brasil.

Desta forma, é com imensa satisfação que as Coordenadoras desse Grupo de Trabalho apresentam esta obra. Pela novidade e profundidade de seus artigos, acreditamos em seu potencial de elevar as discussões entre os cursos de Pós-graduação no Brasil e os setores público e privado, a fim de que o estudo do Direito alcance, cada dia mais, sua função de transformação das relações sociais desiguais perpetuadas pela globalização do consumo, que abarcam as relações de produção de bens, de trabalho e capital, além do comércio, que é apenas o desfecho do ciclo do capitalismo moderno.

Profª. Drª. Claudia Lima Marques

Profª. Drª. Joana Stelzer (UFSC)

Profª. Drª. Renata de Assis Calsing (UDF)

A RESPONSABILIDADE CIVIL DA INDÚSTRIA DO FUMO: UM CONFRONTO DOS ARGUMENTOS DO LIVRE-ARBÍTRIO E DA AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL

THE CIVIL RESPONSIBILITY OF THE TOBACCO INDUSTRY: A CONFRONTATION OF THE ARGUMENTS OF FREE WILL AND THE ABSENCE OF CAUSAL NEXUS

Estela Cardoso Freire [1]
Lucas Campos de Andrade Silva [2]

Resumo

O presente artigo busca analisar criticamente o possível dever de indenizar da indústria fumageira em face de seus consumidores que adquirem doenças relacionadas ao tabagismo. Neste desiderato será delineada a história da indústria do cigarro bem como enfrentados os dois principais argumentos contrários ao provimento das indenizações: o livre-arbítrio dos consumidores de produtos derivados de tabaco e a suposta ausência do nexo causal existente entre o hábito de fumar o desenvolvimento destas doenças.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, Tabagismo, Nexo de causalidade, Livre-arbítrio

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze critically the possible duty to indemnify the tobacco industry in the face of its consumers who acquire diseases related to smoking. In this regard, the history of the cigarette industry will be delineated as well as the two main arguments against the provision of damages: the free will of the consumers of tobacco products and the supposed absence of the causal link between smoking and the development of these Diseases.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil responsability, Smoking, Causality nexus, Free will

---

[1] Mestranda em Direito pela PUC Minas. Especializanda em Direito Civil pela PUC Minas, Graduada em Direito Civil pela PUC Minas.

[2] Advogado. Bacharel em Direito pela faculdade UNA, mestrando em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Civil pela faculdade Anhanguera. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio.

1 INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que fumar era um hábito amplamente aderido por todas as pessoas que desejavam passar uma imagem de glamour. As campanhas publicitárias apresentavam astros do cinema e do esporte fumando, de forma a ligar essa prática a algo moderno e charmoso. Entretanto, na década de 1950 foram publicadas pesquisas científicas que alertaram para os efeitos nocivos à saúde causados pelo consumo de cigarros (NETO, 2016, p. 5). Fumar passou a ser, então, considerado algo *démodé* e desestimulado pelo governo através de leis que proibiam a propaganda do produto e seu consumo em ambientes públicos.

Assim, os consumidores, lesados em sua saúde, começam a demandar soluções do judiciário ansiando por reparações. Essas demandas pedem a condenação dos fornecedores de cigarros a indenizar os autores pelos danos causados às suas saúdes. Os Tribunais têm, entretanto, indeferido os pedidos de indenização sob os argumentos arguidos pelas rés, de que os consumidores tiveram livre-arbítrio para decidir fazer uso ou não do produto ofertado e de que não é possível provar a existência de nexo causal entre o dano à saúde e o uso do cigarro, vez que as doenças desenvolvidas pelos autores são multifatoriais.

Sendo assim, o presente trabalho deseja enfrentar os argumentos levantados pela indústria do cigarro, testando a hipótese levantada, qual seja, a possibilidade de condenação da indústria fumígera a indenizar os consumidores por lesões causadas à sua saúde pelo hábito de fumar.

Para tanto, primeiramente, será exposta, de maneira breve, a história da indústria do fumo. Logo depois, será confrontado o “argumento do livre-arbítrio” defendendo-se que o público-alvo das campanhas publicitárias da indústria tabagista ainda não possuem o necessário discernimento, bem como que existe um vício na prestação das devidas informações sobre os riscos do produto. Posteriormente, será defrontado o “argumento da ausência de nexo causal” arrazoando a tese de que, diante da complexidade das relações humanas, faz-se necessário abandonar a lógica da certeza e acolher a da probabilidade levando em conta, para isso, as pesquisas das diversas áreas da ciência.

2 BREVE HISTÓRICO DA INDÚTRIA DO FUMO

Conforme noticiado, em maio de 2016, pelo Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA), 63% (sessenta e três por cento) dos brasileiros nunca fumaram na vida e 56% (cinquenta e seis por cento) daqueles que já fumaram conseguiram cessar o consumo. Tais dados demonstram, nitidamente, uma grande mudança na percepção do tabagismo entre os brasileiros. Mas, nem sempre foi assim.

Segundo a narrativa de Sérgio Luís Boeira (2000, p. 23) a indústria do tabaco acentua-se a partir de 1881 com a invenção, por James Bosack, da máquina de confeccionar cigarros. Posteriormente, a família Duke aperfeiçoou o invento e, em 1884, conseguiu produzir 200 cigarros por minuto, ou seja, 46,8 milhões por ano. Desta maneira, antes da invenção, as carteiras de cigarro, com dez unidades, eram ofertadas por 10 (dez) centavos de dólar; depois, o mesmo produto era vendido por 5 (cinco) centavos de dólar.

Nesse cenário, a empresa da família Duke, em 1890, passa a se chamar *American Tabacco Company* (ATC) e torna-se a principal fabricante de cigarros da época. Logo, "entre 1895 e 1905 a ATC é a segunda empresa industrial em termos de capitalização, atrás da U.S. Steel, e é três vezes maior que a General Eletric Company, a terceira em ordem de importância" (BOEIRA, 2000, p. 23).

Os dados apresentados evidenciam o quanto o consumo de cigarro cresceu no mundo e, por conseguinte, no Brasil. Fumar era, então, amplamente incentivado por campanhas publicitárias patrocinadas pelas empresas de tabaco. Com o protagonismo de ídolos do cinema e do esporte, as propagandas associavam o ato de fumar ao *glamur* e ao prestígio social.

Na década de 1950, todavia, artigos científicos que relacionavam o câncer de pulmão ao tabagismo começaram a ser publicados (NETO, 2016, p. 5) e, em meados da década de 90, órgãos públicos de saúde descobriram pesquisas sigilosas desenvolvidas pelas empresas de cigarros que confirmavam os efeitos nocivos do hábito de fumar (BOEIRA, 2000, p.).

Chegou-se à conclusão, portanto, que daqueles que desenvolviam câncer de pulmão, de 80 (oitenta) a 90% (noventa por cento) eram fumantes. Dos que desenvolviam câncer nos lábios, 90% (noventa por cento) fumavam. Daqueles que desenvolviam câncer na bochecha, 87% (oitenta e sete por cento); dos que desenvolviam câncer na língua, 95% (noventa e cinco por cento); no estômago, 80% (oitenta por cento); nos rins, 90% (noventa por cento); e no tubo digestivo (da boca ao ânus) 80% (oitenta por cento) (BOEIRA, 2000, p. 60).

Nesse sentido, a Lei 9.294 de 1996 proibiu a propaganda de produtos fumígeros, derivados ou não do tabaco, em todo território nacional. Além disso, as embalagens e os maços desses produtos (exceto os destinados à exportação) deverão exibir advertências sobre os efeitos nocivos do fumo acompanhadas de imagens ilustrativas. A referida lei vedou, também, o uso de cigarros e seus semelhantes, derivados ou não do tabaco, em ambientes coletivos fechados, sejam eles privados ou públicos.

Posteriormente, a Convenção-Quadro para o Controle e Uso do Tabaco, confeccionada pela OMS/ONU, em 2003, e acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro em 2006 por meio do Dec. 5.658, reconhece que

> (...) a exposição à fumaça do tabaco são causas de mortalidade, morbidade e incapacidade e que as doenças relacionadas ao tabaco não se revelam imediatamente após o início da exposição à fumaça do tabaco e ao consumo de qualquer produto derivado do tabaco (...); [e que] (...) os cigarros e outros produtos contendo tabaco são elaborados de maneira sofisticada de modo a criar e a manter dependência, que muitos de seus compostos e a fumaça que produzem são farmacologicamente ativos, tóxicos, mutagênicos, e cancerígenos, e que a dependência ao tabaco é classificada separadamente como uma enfermidade pelas principais classificações internacionais de doenças (...). (BRASIL, 2006).

Desta forma, tendo em vista a divulgação de pesquisas que provaram os efeitos maléficos do uso contínuo de tabaco, as inúmeras campanhas de conscientização promovidas e a legislação que regulou o uso do produto em certos ambientes e sua propaganda, não é surpresa que o número de fumantes no país tenha caído.

Entretanto, percebe-se o aparecimento de demandas que visam responsabilizar civilmente os fornecedores de cigarros por danos à saúde dos consumidores. O intuito deste artigo é, portanto, provar que tal responsabilização é possível enfrentando os dois principais argumentos da indústria fumígera, quais sejam, o livre arbítrio e a ausência de nexo causal.

3 DO LIVRE-ARBÍTRIO

Um dos argumentos opostos pela indústria fumageira nas ações de indenização por danos à saúde, movidas por seus clientes consiste no livre-arbítrio, ou seja, a capacidade do consumidor definir se deseja consumir o produto, bem quando parar. Este

argumento está arrimado no fato de haver uma suposta consciência acerca dos riscos do tabagismo pela ampla maioria população, não havendo como, portanto, responsabiliza-los por eventuais danos.

Inicialmente considera-se que o termo livre arbítrio carece de conteúdo jurídico, tendo uma utilização muito marcante nas crenças religiosas e em propostas filosóficas. Parece-nos mais acertada a adoção do termo exercício autonomia da privada, que determina a faculdade de escolha do indivíduo dentro dos negócios jurídicos e das relações existenciais, (BORGES, 2007, p.51).

Em que pese ser autonomia privada uma das grandes tônicas das relações privadas no mundo moderno é necessário analisar quem são os consumidores dos produtos derivados do tabaco e como ocorre seu ingresso neste vício. Assevera Eugênio Faoohi Neto que quase a totalidade da população fumante inicia o consumo destes produtos enquanto ainda estão jovens. Este fato não se da em caráter aleatório, a publicidade da indústria tabagista tem como principal alvo os adolescentes[1], mais suscetíveis a sugestões e influencias (NETO, 2016, p.8-9). Nesse sentido:

> De fato, atualmente, o tabagismo é considerado uma doença pediátrica, pois quase 90% dos fumantes regulares começam a fumar antes dos 18 anos. E isto porque as pesquisas indicam que as pessoas que iniciam o tabagismo na adolescência tem maior probabilidade de se tornarem fumantes definitivos do que aquelas que experimentam seu primeiro cigarro quando adultas. Estudos recentes comprovam que os sintomas de dependência se desenvolvem logo após o primeiro cigarro, não havendo relação com o número de cigarros fumados, ou com a frequência e duração do uso (NETO, 2016, p.10).

Ademais, os próprios motivos que levam a indústria fumageira a investir suas campanhas de marketing em crianças e adolescentes demonstram a fragilidade do argumento do exercício da autonomia privada. Trata-se de uma deliberada busca pelo público mais frágil e, consequentemente, mais fácil de ser arrebatado.

> A opção preferencial pelos jovens, como destinatários mais desejados para seus produtos, é facilmente explicável. O jovem é mais influenciável e suscetível a imitar comportamentos – portanto, a perfeita 'vítima' de campanhas publicita rias bem concebidas –, e representa um consumidor que provavelmente passará o resto de sua vida escravizado ao consumo, mercê do poder viciante da nicotina (NETO, 2016, p.10-11).

[1] Em uma ação judicial de grande monta promovida pelos Estados Unidos em face das indústrias fumageiras do país, do ano de 1999, apresenta uma vasta e minuciosa pesquisa que demonstra como o direcionamento das propagandas de cigarro são feitos para jovens, com o fulcro de recrutar fumantes substitutos para assumir o lugar dos veteranos que faleceram ou abandonaram o hábito, garantido assim a continuidade do lucro destas empresas. (NETO, 2016, p.4)

Logo, o argumento livre-arbítrio, ou da autonomia da vontade dos tabagistas merece ser reavaliado. A autonomia da vontade pressupõe a pleno discernimento da pessoa para definir dentro do seu próprio conceito de "vida boa", e tomar as ações que julgar necessárias para alcança-la. Assim não é possível desconsiderar que o público alvo das campanhas de marketing da indústria fumageira é composto por indivíduos que possuem seu discernimento e personalidade em formação, não havendo ainda plenas condições para o exercício da autonomia privada.

> A opção preferencial pelos jovens, como destinatários mais desejados para seus produtos, é facilmente explicável. O jovem é mais influenciável e suscetível a imitar comportamentos – portanto, a perfeita 'vítima' de campanhas publicita rias bem concebidas –, e representa um consumidor que provavelmente passará o resto de sua vida escravizado ao consumo, mercê do poder viciante da nicotina (NETO, 2016, p.6).

Diante desta compreensão, negar a existência de responsabilidade civil da indústria fumageira para com seus consumidores pelos causados em virtude do uso de tabaco, significa transferir toda a responsabilidade destes produtos das empresas que agem deliberando de maneira desleal, buscando viciar crianças e adolescentes para renovar seus estoques de clientes, para os consumidores vulneráveis. Nas palavras de Eugênio Faoohi Neto.

> Assim, considerar livre-arbítrio a opção de fumar ou não para um jovem entre 12 a 18 anos, exposto a intensa publicidade do cigarro, vale tanto quanto considerar livre e o consumidor que firma um contrato eivado de cláusulas abusivas porque, afinal de contas, havia a opção de não contratar. (NETO, 2016, p.6).

É latente também a incompletude deste argumento, tendo em vista que a nicotina causa dependência química. Logo, ainda que o início do consumo destes produtos se dê pelo exercício da autonomia privada o abandono do vício demonstra-se muito mais custoso e complexo. Nos ensinamentos de Fátima Pereira Moreira de Abreu, "a questão a ser discutida acerca do livre arbítrio não gira em torno somente da opção do consumidor em fumar, mas sim em dar ou não continuidade a prática do tabagismo, haja vista que se prova cientificamente a dependência química e psíquica do cigarro" (ABREU, 2009, p. 2).

Considera-se ainda que o exercício do suposto livre-arbítrio, ou autonomia privada, pressupõe o claro conhecimento da extensão dos males causados pelo cigarro,

levando-se em consideração o dever de informação dos fornecedores[2]. Apenas a noção abstrata de que o cigarro pode prejudicar a saúde ou ser a causa de algumas doenças não é suficiente para concluir se a decisão usar ou não derivados de tabaco está acompanhado de todas as informações necessárias para o real exercício da autonomia privada.

Em uma extensa pesquisa realizada pela Aliança do Controle de Tabagismo – ACTbr, sob a coordenação de Clarissa Menzes de Homsi, divide em quatro níveis de informação sobre os efeito do cigarro. O primeiro níveis são constituídos de indivíduos que sabem dos males do cigarro, sem conseguir precisar quais tipos de doenças e riscos estão expostos. No segundo, ele conhece quais doenças podem advir do tabagismo, sem, contudo, conhecer as suas consequências. No terceiro há compreensão da severidade das doenças, bem como dos seus sintomas e consequências. Por fim no quarto nível estão os indivíduos que conseguem ter todas as compreensões anteriores, além de que o tabagismo por tempo prolongado aumenta exponencialmente todos estes riscos. (HOMSI, 2011, p.47).

Diante desta divisão, defende a Aliança que o argumento do livre-arbítrio não tem qualquer efeito em relação ao primeiro e ao segundo grupo e apenas aplicado de maneira mitigada em face dos integrantes do terceiro e quarto nível, onde o dever de informação dos fornecedores foi devidamente cumprido. Bem como que as meras informações genéricas prestadas não podem afastar a responsabilidade das empresas, devendo a prestação se dar de maneira adaptada aos grupos específicos de consumidor, diferenciado por renda, idade, e condições especiais como no caso de gestantes e analfabetos (HOMSI, 2011, p.49-50).

Nesse diapasão o professor Delfino Lúcio alerta para a insuficiência das medidas antitabagistas tomadas pelo Governo Federal e o conflito da venda destes produtos com os princípios do Código de Defesa do Consumidor:

> [...] o cigarro é um produto imperfeito juridicamente, e isso por albergar alguns vícios. Um deles se refere à informação. Ainda hoje, mesmo diante das louváveis medidas antitabagistas implementadas pelo Governo Federal, a

---

[2] Código de Defesa do Consumidor. Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

> informação sobre a natureza e os riscos do cigarro não atingiu a qualidade exigida pelo Código de Defesa do Consumidor. O legislador consumerista conferiu à informação importância notória, referindo-se a ela em diversas oportunidades. Basta, para assim perceber, que ela, a informação, não só integra o rol de princípios da Política Nacional de Relações de Consumo (CDC, art. 4º, IV), como também representa verdadeiro direito básico do consumidor (CDC, art.6º, III). A Lei 8.078/90 também estabelece importantes referências sobre a informação nos art. 8º, parágrafo único, 9º, 12, 14, 19 e 31 (DELFINO, 2008, p. 6).

Desta forma resta duplamente refutado argumento do livre-arbítrio, ou autonomia da vontade, tendo em vista especialmente que a indústria mesmo possuindo informação de todos os males casados pelo produto inicia e mantém o hábito em seus consumidores através de imensas campanhas de marketing que tem como público-alvo os jovens, mais susceptíveis a vícios e sugestões. Bem como que as informações prestadas sobre os riscos dos produtos não tem atingido seu desiderato frente a sua generalidade e falta de conexão com os grupos a que é dirigida.

4 DO NEXO CAUSAL

Inicialmente, é importante lembrar que a relação entre o fumante e a indústria do tabaco é consumerista, portanto, regida pelo Código de Defesa do Consumidor. Estando a demanda, pois, inserida neste microssistema, há que se falar na hipossuficiência do consumidor e na inversão do ônus da prova. Nesse sentido, art. 6º, VIII do CDC, observando a inversão *ope judicis*, manda facilitar a defesa dos direitos do consumidor, "inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando ele for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências". Ora, nada mais verossímil do que as conclusões apresentadas, alhures, por pesquisas científicas acerca dos efeitos nefastos do hábito de fumar[3]. Além disso, o §3º do art. 12 do CDC, prevê a chamada inversão *ope legis*, isentando o fabricante de responsabilidade caso prove que não colocou o produto no mercado ou, embora assim tenha feito que o defeito inexiste, ou que a culpa é integramente do consumidor ou de terceiro.

[3] "Chegou-se à conclusão, portanto, que daqueles que desenvolviam câncer de pulmão, de 80 (oitenta) a 90% (noventa por cento) eram fumantes. Dos que desenvolviam câncer nos lábios, 90% (noventa por cento) fumavam. Daqueles que desenvolviam câncer na bochecha, 87% (oitenta e sete por cento); dos que desenvolviam câncer na língua, 95% (noventa e cinco por cento); no estômago, 80% (oitenta por cento); nos rins, 90% (noventa por cento); e no tubo digestivo (da boca ao ânus) 80% (oitenta por cento) (BOEIRA, ano, p. 60)."

Não obstante todo o movimento legislativo visando favorecer o consumidor e sua produção de provas, muitas decisões tem indeferido a inversão do ônus *probante* fundando-se no argumento dos fornecedores de que se trata de prova impossível. Nada mais paradoxal: quando deseja sustentar o argumento do livre-arbítrio, a indústria do fumo afirma que os malefícios do produto são amplamente conhecidos e que o consumidor teve liberdade para escolher se usaria o usaria ou não; de outro lado, para sustentar o argumento da ausência de nexo de causalidade, arguiu que não é capaz de provar que tal produto foi o responsável pelos danos causados à saúde do consumidor.

Destarte, chama atenção decisão do STJ que não reconheceu o nexo causal entre o tabagismo e o desenvolvimento da Doença de Buerger ou Tromboangeite Obliterante pelo consumidor. Conforme majoritária doutrina médica, essa enfermidade é causada exclusivamente pelo uso contínuo de tabaco:

> Apesar de a etiologia da TAO não ser conhecida a forte associação entre esta e o tabaco é reconhecida desde há muito. O tabaco tem um papel importante na patogénese, iniciação e continuação da doença. (1)(2)(6)(7) Pensa-se que a média de tempo entre o início do tabagismo e o diagnóstico seja de 12 anos.(7) Esta associação com o tabaco está demonstrada para o tabaco fumado mas também com outras formas de consumo, como tabaco mascado. (sic) (MARQUES, 2010, p. 9).

O Tribunal, entretanto, desconsiderou tal informação e decidiu que não era possível associar o desenvolvimento da doença com o uso de tabaco:

> Face a essa realidade, afigura-se-me difícil estabelecer o fumo como o único responsável pelos males que acometem o Recorrido; não há como estabelecer o nexo causal entre o ato de fumar e "doenças multifatoriais" (diversos fatores de risco são concorrentes), mormente pelo fato de que a associação dessas doenças ao tabaco é meramente estatística, não levando em consideração o indivíduo isolado, como nos ensina a Prof. Teresa Ancona Lopes na obra retro mencionada. (STJ, 2010, p. 32).

De fato, produzir prova inequívoca do nexo de causalidade em demanda que verse sobre a responsabilidade civil de fornecedor de tabaco torna-se tarefa difícil, eis que a maioria das patologias decorrentes do hábito de fumar são multifatoriais, ou seja, podem ser causadas por outros fatores além do fumo. Todavia, defende-se, aqui, a necessidade de relativizar a lógica da certeza e acolher a lógica da probabilidade. Nesse sentido, Caitlin Sampaio Mulholland defende que:

> É desta crise filosófica do princípio da causalidade e de sua decadência que surge a concepção através da qual a causalidade, mais do que certeza, é probabilidade. Um dado acontecimento não desencadeia um determinado efeito, mas aumenta significativamente a probabilidade de sua ocorrência. (MULHOLLAND, 2002, p. 95).

Mais adiante, em sua obra, a mesma autora ensina:

> Diferentemente da concepção condicionalista que estabelece que todas as condições de um dano são sua causa (ligação natural de causa e efeito); a concepção probabilística da responsabilidade civil é baseada na idéia de que a análise jurídica da imputação deve revelar-se por meio da classificação da atividade ou conduta como sendo estatisticamente ou tipicamente associada ao dano sofrido, levando-se em consideração nesta análise não só o que é observado em situações semelhantes, ordinariamente, mas também o que podemos legitimamente esperar-se da execução da atividade.
> (MULHOLLAND, 2002, p. 298).

Sendo assim, mostra-se razoável que o magistrado, ao analisar demandas que versem sobre responsabilidade civil das indústrias do fumo, leve em conta a probabilidade de o ato ilícito gerar o evento danoso. Vem baila, portanto, a teoria da causalidade adequada do nexo causal ou das probabilidades.

4.1 Da teoria das probabilidades ou da causalidade adequada: o necessário abandono da lógica da certeza e o acolhimento da lógica da probabilidade

O Professor Eugênio Facchini Neto, vislumbra a necessidade de flexibilização do nexo de causalidade em demandas que versem sobre responsabilização da indústria do fumo por danos causados aos consumidores. Para ele, é certo que devam existir elementos que sugiram a existência dos fatos constitutivos do direito do autor, todavia o magistrado não deve se pautar em um juízo de certeza absoluta, bastando estar racionalmente convencido (NETO, 2016, p. 9). Adiante, o referido autor, analisando as experiências estrangeiras alinhadas com o ordenamento jurídico pátrio, defende a substituição da lógica da certeza para a lógica da probabilidade: "(...) troca-se a verdade (inatingível) pela verossimilhança, levando-se a sério os dados estatísticos fornecidos pela ciência (nítido exemplo de interdisciplinaridade no campo da prática jurídica)." (NETO, 2016, p. 16). Também, Pablo Malheiros da Cunha Frota, em sua notável tese de doutorado, ensina:

> A construção da relação de causa e de efeito sem a inserção da probabilidade valida crítica feita por Baudrillard sobre a pretensão científica de certeza, na qual o acaso é apreensível, mas serve para repelir situações consideradas incertas. Nessa senda, não introduzir a probabilidade no âmbito da causalidade em qualquer área do saber que analise um fenômeno parece ser inadequado, principalmente em uma sociedade enformada pela pluralidade, pela incerteza, pela complexidade e pelo risco, que, obviamente, atingem o Direito de maneira intensa. (FROTA, 2013, p. 38).

Nesse sentido, a teoria da causalidade adequada postula que "diante de uma pluralidade de causas, perquire-se qual delas, em tese, pode ser apta a causar o resultado; posteriormente questiona-se se ela é também hábil segundo as leis naturais" (CAPELLOTI, 2012, p. 99). Ou seja, deve-se procurar qual o fato que, inserido na cadeia causal, teve maior probabilidade de gerar o dano: esta sim será a causa adequada. Nas palavras de Caitlin Sampaio Mulholland:

> A teoria da causalidade adequada, como tivemos oportunidade de assinalar, baseia-se na probabilidade do evento danoso. Por meio dela, é possível constatar-se que determinado evento danoso é consequência de determinada conduta ou atividade porque é dela efeito provável, esperado ou razoável, numa análise abstratamente referida. (...) Probabilidade quer dizer possibilidade de ocorrência. Esta investigação, portanto, só pode ser realizada levando-se em conta dois pressupostos: multiplicidade de casos semelhantes (estatística) e abstração na análise da causalidade. (MULHOLLAND, 2002, p. 292).

Um clássico exemplo da aplicação da técnica é apresentado por João Paulo Capelotti: A desferiu uma leve pancada na cabeça de B sem, entretanto, ter conhecimento que este possuía uma deficiência parietal, o que o fazia mais frágil que a maioria das outras pessoas, motivo pelo qual B vem a falecer. Desta maneira, a pancada desferida por A não pode ser causa adequada da morte de B, eis que probabilisticamente esse resultado não aconteceria (CAPELOTTI, 2012, p. 97-98).

Na Itália, conta Eugênio Facchini Neto, recorrendo à doutrinadora italiana Marta Infantino, procurou-se impedir que a dificuldade de provar um fato resultasse, sempre, em prejuízos para o autor. Assim, "de acordo com tais teorias, um fato pode ser considerado causa de um resultado negativo se for alta a probabilidade, à luz de estatísticas científicas, de que este último tenha ocorrido em razão do primeiro" (NETO, 2016, p. 25).

Na Holanda, caso paradigmático foi resolvido pelo prisma das teoria probabilísticas. Naquele país, como narra Alexandre Pimenta Batista Pereira (2006, p. 186), companhias farmacêuticas forneceram medicamento à base da substância

diethylstilbestrol (DES). Posteriormente, pesquisadores descobriram que existia uma alta probabilidade do consumo desses medicamentos, indicados a grávidas para evitar o nascimento prematuro, causar câncer urogenital em meninas filhas das mulheres que ingeriram a droga durante a gestação. Os autores da demanda, todavia, não lograram êxito em identificar quais eram as empresas farmacêuticas que comercializaram o produto à época da formação da doença, mas conseguiram provar a existência de um conjunto de possíveis companhias que forneciam o medicamento. Em vista disso, a Suprema Corte Holandesa condenou as companhias farmacêuticas que forneciam o produto à época a indenizarem os autores solidariamente.

O mesmo produto também foi comercializado nos Estados Unidos da América a fim de prevenir o aborto espontâneo. Após 20 anos de consumo, o produto foi retirado de circulação, pois, lá também, chegou-se à conclusão de que a substância *diethylstilbestrol* (DES) estava fortemente ligada ao câncer urogenital desenvolvido pelas filhas das gestantes que consumiram o medicamento. Naquele país, muito se discutiu acerca da necessidade de identificar a marca específica do remédio que cada genitora fez uso, o que se mostrou impossível. Diante disso, a Suprema Corte do Estado da Califórnia condenou os fabricantes a indenizarem os autores solidariamente, na proporção de sua participação no mercado americano à época da comercialização do produto (MENEZES; COELHO; BUGARIM, 2011, p.45).

Em Portugal, a teoria da probabilidade foi acolhida pelo Decreto-Lei nº 147/2008 do Parlamento Europeu que trata do Regime Jurídico da Responsabilidade por Danos Ambientais. Conforme o art. 5º da lei[4], o nexo causal deverá ser apreciado através das lentes da verossimilhança e da probabilidade de o fato danoso ser apto a produzir a lesão verificada, levando, sempre, em conta circunstâncias do caso concreto (KALIL, 2014, p. 6-7).

No direito brasileiro, o uso das teorias das probabilidades ou teoria da causa adequada do nexo causal para resolver questões que envolvam responsabilidade civil da indústria do fumo vem sendo, pontualmente, verificado. Haja vista brilhante acórdão da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul[5], cujo relator foi o Des. Odone Sanguiné. Na ação, o réu arguiu a impossibilidade de verificação do nexo causal,

[4] Art. 5º. Nexo de causalidade. A apreciação da prova do nexo de causalidade assenta num critério de verosimilhança e de probabilidade de o facto danoso ser apto a produzir a lesão verificada, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e considerando, em especial, o grau de risco e de perigo e a normalidade da acção lesiva, a possibilidade de prova científica do percurso causal e o cumprimento, ou não, de deveres de protecção. (sic).

[5] Apelação Cível nº 70016845349 TJRS julgada em 12 de dezembro de 2007.

uma vez que o fato do autor ter consumido seu produto por 37 (trinta e sete) anos não pode ser considerado causa do câncer de pulmão desenvolvido por ele, vez que a patologia é multifatorial. Em seu voto, uma verdadeira aula, o ilustre magistrado, em que pese o argumento do réu, levou em conta a literatura médica, nacional e internacional, sobre o assunto, bem como estatísticas veiculadas por renomados institutos de pesquisa e casos paradigmáticos de outros países que optaram por tratar o nexo causal sob a lógica da probabilidade. Nas palavras de Sua Excelência:

> Há uma erosão do paradigma causal do tipo nomológico e uma ruptura da ideia de monocausalidade e da concepção da causa como condição necessária e suficiente, em razão da frequente falta de conhecimento sobre os mecanismos de causação do resultado, em três campos particulares: medicina, danos ambientais provocados pela interação de condutas seriais e danos à saúde derivados de defeito do produto, nos quais se observa uma tendência consistente a reconstruir a causalidade segundo um paradigma puramente probabilístico, que desembocam na via do aumento do risco. (TJRS, 2006, p. 80).

Mais adiante, em seu voto, o eminente desembargador explica:

> Sinteticamente, para que uma explicação estatística ou probabilística seja segura, isto é, proporcione certeza processual, não é necessário que o grau de probabilidade da hipótese formulada seja alto, mas basta que exista uma correlação estatística forte (ou segura) entre antecedente e consequente, isto é, que nenhuma variável de prova demonstre a irrelevância da estatística do antecedente em relação ao consequente. (TJRS, 2006, p. 91-92).

Portanto, de todo o exposto, afirma-se que a doutrina estrangeira e nacional tem apontado para uma latente necessidade de flexibilização da causalidade, pautando-se não mais pela certeza, mas sim pela probabilidade. É fundamental que os tribunais brasileiros assim se posicionem, sobretudo, em demandas que versem sobre o assunto aqui tratado, visto que, caso contrário, incorrerão, na maioria das vezes, absurdos lógicos.

Isto porque, parafraseando douto Professor Eugênio Facchini Neto (2016, p.4), a ciência aponta que determinadas doenças, sobremaneira o câncer de pulmão, tem como causa o hábito de fumar em patamar de 80 (oitenta) a 90% (noventa por cento) dos casos. Dessa maneira, se 100 (cem) demandas fossem ajuizadas contra a indústria do fumo por danos causados à saúde do consumidor, pode-se afirmar que de 80 (oitenta) a 90 (noventa) autores tiveram como causa de suas patologias o consumo do cigarro, mesmo não podendo o magistrado identificar quais foram. Na outra ponta, de 10 (dez) a 20 (vinte) autores desenvolveram a doença devido a outros fatores, que não o consumo

do fumo. Resta, portanto, ao magistrado a escolha entre deferir as demandas e acertar em um percentual entre 80 (oitenta) a 90% (noventa por cento) ou indeferi-las e acertar em 10 (dez) a 20% (vinte por cento) dos casos.

5 CONCLUSÃO

A indústria fumageira lucra milhões todos os anos à custa de criar e fomentar um problema de saúde pública, com a exposição da saúde de seus consumidores a um produto extremamente nocivo e prejudicial. Incutir um hábito tão maléfico em milhares de pessoas ao redor do mundo apenas foi possível através de volumosas campanhas publicitárias, que incentivaram adultos, jovens e crianças, indistintamente, a utilizarem os produtos derivados do tabaco.

Após vários anos aplicando tais agressivas estratégias de marketing as empresas deste ramo tem logrado êxito em escapar da responsabilidade civil pelos danos causados aos consumidores por argumentos diversos que vem sendo acatados pelo Poder Judiciário em um movimento de completa transferência da responsabilidade para os consumidores. Contudo, como ficou exposto este posicionamento do judiciário precisa ser revisto tendo em vista as especificidades da relação entre a indústria fumageira e os tabagistas.

O argumento do livre-arbítrio dos consumidores, ou do exercício de sua autonomia precisa ser mitigado com base em dois fundamentos que demonstram sua fragilidade: a exposição de crianças e adolescentes sem completo discernimento as campanhas publicitárias, que causa um relevante vício ao livre-arbítrio e a falta de informação precisa e suficiente para alertar os consumidores sobre os reais riscos do consumo regular de produtos derivados do tabaco. Conforme exposto a mera exposição genérica de riscos, sem levar em conta os grupos a quem é dirigia tem se demonstrado insuficiente para inibir o consumo destes produtos.

A dependência química causada pela nicotina também vai de encontro ao argumento do livre-arbítrio, visto que torna o abandono do vício em produtos derivados do tabaco uma árdua tarefa.

Face outra, a clássica concepção de nexo de causalidade, pelo qual a vítima deve demonstrar que o dano sofrido decorre inequivocamente da conduta do ofensor não pode ser determinante nestas relações, tendo em vista que as doenças decorrentes do

tabagismo são multifatoriais, sendo impossível concluir se seu desenvolvimento se deu unicamente do consumo de produtos derivados do tabaco.

Desta forma, aparenta ser a solução mais sensata flexibilizar o nexo de causalidade nas relações entre a indústria fumageira e os consumidores, admitindo sua existência com base apenas na probabilidade e não da certeza, intangível. Por óbvio esta probabilidade deverá ter fundamento em critérios científicos e fornecer segurança ao julgador.

Há de se observar ainda que diante da relação de consumo existente entre os fumantes e a indústria tabagista caberá a estas demonstrar judicialmente a ausência nexo de causalidade entre as patologias e o consumo de cigarro, conforme a inversão do ônus da prova, não podendo este encargo ser imposto à parte hipossuficiente.

Diante do exposto resta claro a imperatividade na mudança de paradigma por parte das decisões adotadas pelo Poder Judiciário para dar completa vigência aos preceitos do código de defesa do consumidor, garantido a preservação da saúde dos tabagistas, ou a devida indenização pelos danos à saúde causados pelo consumo de cigarro.

6 REFERÊNCIAS

ABREU, Fátima Pereira Moreira de. **A responsabilidade civil da indústria fumageira.** Âmbito Jurídico, v.01, 2009.

BOEIRA, Sérgio Luís. **Atrás da cortina de fumaça. Tabaco, tabagismo e meio ambiente:** estratégias da indústria e dilemas da crítica. 2000. 431f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2000.

BRASIL. Decreto nº 5.658, de 2 de janeiro de 2006.Promulga a Convenção-Quadro sobre o controle do uso de tabaco, adotada pelos países membros da Organização Mundial de Saúde em 21 de maio de 2003 e assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 jan. 2006.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 set. 1990.

BRASIL. Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996. Dispõe sobre restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígeros, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas nos termos do §4º do art. 220 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 jul. 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 130764-1/PR. Relator: Moreira Alves. **Diário de Justiça Eletrônico,** Brasília, 12 maio 1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207632>. Acesso em 14 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 886.347/SP. Relator: Honildo Amaral De Mello Castro. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 25 maio 2010. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601595449&dt_publicacao=08/06/2010>. Acesso em 10 maio 2017.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2ª Edição. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2007.

CAPELOTTI, João Paulo. **O nexo causal na responsabilidade civil:** entre a certeza e a probabilidade**.** 2012. 164f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

DIAZ, Julio Alberto. **Do dogma da causalidade à causalidade suposta:** a responsabilidade coletiva**.** 1995. 187f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1995.

DELFINO, Lucio; **O fumante e o livre-arbítrio: um polêmico tema envolvendo a responsabilidade civil das indústrias do tabaco**. São Paulo. Editora Nota Dez, 2007.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Imputação sem nexo causal e a responsabilidade por danos**. 2013. 274f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

HOMSI, C. M., **As acões judiciais envolvendo o tabagismo e seu controle**, em HOMSI, C. M. (coord.), *Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro*, Rio de Janeiro, 2011.

INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER JOSÉ ALENCAR GOMES DA SILVA. Consumo de cigarros chega a menor índice dos últimos 10 anos. Rio de Janeiro: **INCA**, 2016. Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/agencianoticias/site/home/noticias/2016/consumo-de-cigarro-chega-ao-menor-indice-nos-ultimos-dez-nos>. Acesso em 10 de maio de 2017.

KALIL, Amanda Souza Pinho. Propostas para facilitar a comprovação do nexo causal em demandas ambientais. **Revista de Direito UNIFACS**. n. 174, 2014. Disponível em <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3407/2442>. Acesso em 16 de maio de 2017.

MARQUES, Inês Brandão Dias. **Doença de Buerger:** evolução no diagnóstico e tratamento. 2010. 26f. Projeto de Opção – Programa de Pós-Graduação em Medicina. Faculdade do Porto, Porto, 2010. Disponível em: < https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/53470/2/Doena%20de%20Buerger%20%20Evoluo%20no%20Diagnstico%20e%20Tratamento.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra; COELHO, José Martônio Alves; BUGARIM, Maria Clara Cavalcante. A expansão da responsabilidade civil na sociedade do risco. **Revista Scientia Iuris**. v. 15, n. 1, 2011. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/7948>. Acesso em 10 maio de 2017.

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

NETO, Eugênio Facchini. A relativização do nexo de causalidade e a responsabilização da indústria do fumo – a aceitação da lógica da probabilidade. **Revista Eletrônica de Direito Civil**, ano 5, n. 1, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Facchini-Neto-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2017.

NETO, Eugênio Faoohini. A relatividade do livre-arbítrio e a responsabilização da indústria do fumo. A desconstrução de um mito. Reflexões brasileiras a partir do caso United States v. Philip Morris et al. **Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.° 31**. 2016.

PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista. Os confins da responsabilidade civil objetiva nos horizontes da sociedade de risco. Almejando a permanente certeza na contingência das improbabilidades. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 170, p. 181-189, abr./jun. 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Processo – AC nº 70016845349**. Relator: Odone Sanguiné, Porto Alegre, 12 dez. 2007. Disponível em <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/169_RS70016845349merito.pdf>. Acesso em 17 maio 2017.