

USO EXCLUSIVO

NOVOS PISOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL DA INDÚSTRIA DO TABACO

NEW GROUNDS IN THE TOBACCO INDUSTRY LIABILITY

ADALBERTO PASQUALOTTO

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor Titular de Direito do Consumidor e Direito das Obrigações no curso de graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. pasqualotto@pucrs.br

Recebido em: 19.01.2020

Pareceres em: 17.03.2020 e 25.03.2020

ÁREAS DO DIREITO: Consumidor; Civil

RESUMO: Embora o tabagismo seja um problema de saúde pública no mundo inteiro e objeto de um tratado internacional específico com a finalidade de controlar o seu consumo (Convenção Quadro de Controle do Tabagismo – CQCT), nos tribunais ainda não foi suficientemente reconhecida a responsabilidade civil dos fabricantes de produtos fumígenos. O presente artigo tem por objetivo examinar algumas das mais recentes decisões nessa matéria, a fim de verificar a existência de novos argumentos capazes de modificar esse panorama. Para tanto, foram analisadas decisões de tribunais de três diferentes países: Brasil (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul), Canadá (Província de Québec) e Argentina (Câmara Nacional de Apelações Cíveis). Comparando-se as decisões e as razões de decidir, verificou-se uma convergência de argumentos para condenar as empresas réis em cada um desses processos. Às aludidas decisões judiciais soma-se o ajuizamento de ação, pela Advocacia-Geral da União, que pede o reembolso, pelos dois maiores fabricantes de cigarros em operação no Brasil, das despesas dispendidas pelo Sistema Único de Saúde com o tratamento de doenças dos fumantes. Vistos em seu conjunto, esses fatos levaram à conclusão de que é possível que venha a ser modificada a tendência

ABSTRACT: Although smoking is a public health problem worldwide and the subject of a specific international treaty to control its consumption (Framework Convention on Tobacco Control – FCTC), civil liability of manufacturers has not yet been sufficiently recognized in the courts. This article aims to examine some of the most recent decisions in this matter, in order to verify the existence of new arguments capable of changing this scenario. To this end, court decisions from three different countries were analyzed: Brazil (Court of Justice of Rio Grande do Sul), Canada (Province of Quebec) and Argentina (National Chamber of Civil Appeals). Comparing the decisions and their *ratio decidendi*, there was a convergence of arguments to condemn the defendant companies in each of these suits. In addition to the aforementioned legal decisions, there is the filing of an action by the Attorney General's Office, which requests reimbursement, by the two largest cigarette manufacturers operating in Brazil, of the expenses spent by the Unified Health System on the treatment of smokers' diseases. Taken as a whole, these facts led to the conclusion that it is possible that the trend that until now keeps the tobacco industry in a comfortable position of not having to answer for the damages

que até agora mantém a indústria do tabaco na confortável posição de não ter que responder pelos danos causados por seus produtos aos respectivos consumidores.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil da indústria do tabaco – Québec – Argentina – Brasil – Defesa do consumidor.

caused by its products to the respective consumers can be changed.

KEYWORDS: Tobacco industry liability – Québec – Argentina – Brazil – Consumer protection.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A decisão de Québec. 1.1. Causalidade médica. 1.2. Causalidade comportamental. 2. A decisão da Argentina. 2.1. Antijuridicidade e causalidade. 2.2. Culpa da vítima e assunção do risco. 3. A decisão do Rio Grande do Sul. 3.1. Nexo causal probabilístico. 3.2. Livre-arbítrio. 4. A ação da AGU. 4.1. Nexo causal epidemiológico. 4.2. Externalidades negativas. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Pareceria natural afirmar que a indústria do tabaco, assim como o fabricante de qualquer produto lançado no mercado, deveria responder pelos danos causados aos respectivos consumidores. Mais natural essa afirmativa soaria por se saber que o cigarro é, reconhecidamente, um produto nocivo à saúde e que, por essa razão, a Organização Mundial da Saúde liderou a expedição do primeiro – até agora único – tratado internacional de saúde pública, a Convenção Quadro de Controle do Tabaco, ratificada por 181 países, incluindo o Brasil. Contudo, a responsabilidade civil dos fabricantes de cigarros continua sendo um tema controverso. Tal responsabilidade pode ser vista em duas perspectivas. Uma é coletiva, que tem efetividade, por exemplo, nos Estados Unidos, onde a indústria do tabaco foi condenada ou fez acordos milionários para compensar as despesas públicas com os tratamentos de saúde dos fumantes. Os valores pagos pela indústria foram destinados aos cofres públicos como forma indireta de ressarcimento de despesas com tratamentos de saúde. A via coletiva foi trilhada também pelo Canadá, onde mais recentemente duas ações processadas em conjunto na província de Québec foram julgadas procedentes.

No Brasil, não é comum a responsabilização coletiva, mas a individual, por iniciativa de fumantes ou de seus sucessores, que pedem indenização aos fabricantes de cigarros estabelecidos no País pelas doenças que afetaram os que aderiram ao tabaco, em muitos casos levando-os ao óbito. Apesar de algumas decisões favoráveis nas instâncias inferiores, as ações individuais não têm logrado êxito, pois a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é amplamente desfavorável aos autores.

De pouco tempo para cá, alguns fatos sinalizam que algo pode mudar nessa questão. São ainda sinais esparsos, que, correlacionados, porém, podem significar uma mudança de patamar na avaliação dos fatores que influenciam a responsabilidade dos

fabricantes. Quatro sinalizações podem ser indicadas, utilizadas neste artigo como fontes documentais de pesquisa: a) duas decisões estrangeiras que podem repercutir internamente no Brasil: a já mencionada decisão de Québec, não exclusivamente em relação ao mérito, mas a alguns dos seus fundamentos, que contestam o livre-arbítrio dos fumantes e que caracterizam o vício do tabaco como um dano *in re ipsa*; e uma decisão da Argentina, que atenua as exigências probatórias relativas ao nexos causal e leva em conta o papel da publicidade como contraponto às advertências sanitárias legais de nocividade do tabaco; b) no plano interno, uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que condenou um fabricante de cigarros pela morte de um fumante, na qual dois elementos relacionados ao nexos causal devem ser destacados: em primeiro lugar, o fato de que o auto de necropsia, ineditamente, relaciona a morte da vítima, causada por doença pulmonar obstrutiva crônica, ao tabagismo; em segundo lugar, a definição do mérito da causa com fundamento em um nexos causal probabilístico, estabelecido na razão direta da probabilidade estatística (que é de 85%) de que a doença da vítima seja causada efetivamente pelo tabagismo, devendo o fabricante responder na mesma proporção pela indenização devida; c) uma ação proposta pela Advocacia-Geral da União (AGU) na Justiça Federal em Porto Alegre contra os dois maiores fabricantes de cigarros estabelecidos no Brasil, pedindo ressarcimento das despesas do SUS com tratamentos das doenças de fumantes, o que abre uma senda semelhante à trilhada com êxito nos Estados Unidos.

A questão que se coloca neste texto, portanto, que é o objetivo da pesquisa, é analisar, dedutivamente, os fundamentos das referidas decisões judiciais de Québec, da Argentina e do Rio Grande do Sul, assim como os argumentos postos pela AGU na ação que propôs, com vistas a se formar um juízo quanto a tais elementos representarem ou não uma possibilidade concreta de um ponto de virada na jurisprudência do País. A conclusão a que se chegou foi que há uma evidente convergência nas razões de decidir dos tribunais, que também estão presentes na ação ressarcitória da AGU, autorizando a pensar que a extensa jurisprudência que historicamente isenta de responsabilidade os fabricantes de cigarros pelas consequências danosas que esse produto e outros assemelhados causam à saúde dos fumantes podem sofrer uma diferente inflexão.

1. A DECISÃO DE QUÉBEC

Na província canadense de Québec, em 2015, duas ações de classe foram julgadas em conjunto em primeiro grau contra as três maiores tabaqueiras instaladas no país.¹ O processo ficou conhecido como Blais-Létourneau, assim designado porque

1. *Létourneau c. JTI MacDonal Corp.* 2015 QCCS 2382. Disponível em: [<http://citoyens.soquij.qc.ca/php/decision.php?ID=5C56225E67C1EF7C8C5398D9A9A5361B&captchaTo>]

cada ação tomou o nome do primeiro integrante de cada classe. A primeira classe (ou grupo) de pessoas (Blais) era constituída de fumantes que haviam contraído doenças atribuídas ao tabagismo, especificamente câncer de pulmão e de garganta e enfisema; a segunda classe era integrada por pessoas que se tornaram dependentes de nicotina (Létourneau). As empresas réis acabaram condenadas a pagar o valor total de 15,5 bilhões de dólares canadenses a título de danos morais na primeira ação e 131 milhões de dólares canadenses na segunda. Da sentença houve apelação, julgada em 01 de março de 2019 pela Corte de Apelação de Québec.² A decisão de segundo grau manteve as condenações, modificando os valores para 6,8 bilhões de dólares canadenses a título de reparação de danos e 131 milhões de dólares canadenses como danos punitivos.

Os fatos das duas causas foram julgados como possíveis infrações ao Código Civil de Québec (CC-Q), à Lei de Proteção dos Consumidores (LPC-Q) e à Carta de Direitos e Liberdades da Pessoa (CDLP), o equivalente a uma constituição da Província de Québec. Para bem compreender o julgamento, é importante notar de que modo essas leis se relacionam (devendo entre elas haver “uma interação harmoniosa”³). As regras fundamentais sobre responsabilidade do fabricante estão dispostas no CC-Q, a título fato das coisas. A LPC-Q tem regras gerais sobre práticas comerciais, as quais

ken=03AOLTBLT0jHWeKZmy5FbqA0mSof3FQWO1kJ7uEVmtUNyDv97VKiS-
jiWnjA0DerTdvMn3O6hO56NCpnPt8T0izB9ATksJ3TwnRktZwZUaRA96Bvjuc4smj-
cjfeSDDOModHi7HqovTNOD2UaFsCwTqQamOwZCxtTUZYpavnXAzIwf7p-zsfaZYA-
W49U3u9FSPQHUJ4oIH6wF1Q9pxR17JjOyx3liCVhNP2HERz06uZpFMYJMfZDHaHA-
yeFS05vtQ-8-T0oFRxYOyY_YMzL3uunfBOLUKgY9A6_hipfNebZwZNIubWoSRNUNpo-
z9qSVE_-2y-amlnOS1sJjmed9CmSuqPcJAMMOtkevYffklj6vo2hp4s47d6JXOIE-b8JX-
vkUzIgfjhnXEMEufgyg0i5s4zGRJFUMhSB00-J_mSCocwBBrxleeJzU8QdMQD7nyCp-
felTu39aXSe4biFSD1TvZtzCqGmFQ-zJegftCuDXNbC7KKG0kk7wqglAWe-IAeLNHDN7c-
cq_MVn1d-MK96c6DRzPUxs18laikksg]. Acesso em: 23.12.2019.

2. *Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé 2019 QCCA 358*. Disponível em: [http://citoyens.soquij.qc.ca/php/decision.php?ID=6A36EF9A9FC03852F505C1B7EA374F76&captchaToken=03AOLTBLTI_UK1aTUPAFC2yyqt3bRjvfpkqBFm-QYPP3Ch4l6Djyo_-7uW7NvffPJe-T7TkbQ0kEHdaBgysjXEsjwof2EyJHduaND7m6z-5W1mVEqNZ7mGytg-L52GS23Yspm4RxxN1TopijwPo1CeXkQY9zzCYMZ0SplvCp-0PHQW2UJrG1qvPsoF4AkGxbLvgFmJPDQKd6lCM_GDoZ4Jej8_2A5yqO9VDWFqv-V05JelEeXaeH6wRJ5geLUL5WOaT_3Clk1l-BqGu4fHCAjNEKIEwjbEfg7Oh5MuAc0Nh-Kk-Lmw-kaB_qDjSaskiE1am01DS7sfsJCaqvljncHjTd5bvB7CCua4qixFdA71EON7o-hIqp2PMTkWDewKkODosXi-HjKu0ptHrwd6Eu55bbWkFt8QCaTDVwG_7BecCd-WBk9FKS4nWYZcwZBrMIWohTToq4yb77zWlbuRO3NCOx6Aw87g7Iug0UoJXER5K-t216hZSyOOpHqelkxeUro2fPycQu5IjcpAIwtZZsINTMZ7xZn6t1B0gpC2je6IQ]. Acesso em: 23.12.2019.
3. *Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé 2019 QCCA 358*, p. 339, § 998. O acórdão será citado pela página e pelo parágrafo da matéria em foco.

se aplicam a propósito da publicidade. Já a CDLP protege o direito à vida, à segurança, à integridade, à liberdade e à dignidade.

Os pontos fundamentais da decisão dizem respeito à causalidade, que foi considerada em duas perspectivas: (i) a médica, isto é, se fumar foi a causa das doenças dos membros do primeiro grupo e da dependência dos membros do segundo; (ii) a comportamental, ou seja, se a conduta dos fabricantes de cigarro foi a causa do tabagismo dos membros dos dois grupos.

Em ordem de considerações gerais, o tribunal teceu comentários sobre o que a lei define como produtos que, por sua natureza, são perigosos, mesmo se utilizados da maneira prevista e recomendada pelo fabricante. Os medicamentos, por exemplo, administrados como devido, podem, mesmo assim, apresentar efeitos secundários dos quais os usuários devem ser prevenidos. O cigarro é outro exemplo: é um produto que, ainda que usado precisamente conforme a sua finalidade, representa um perigo para a saúde. Esse perigo deve ser acusado ao comprador, é uma informação essencial à decisão de compra. Se os cigarros são perigosos, não é porque apresentem defeito (ou porque foram malconservados) – raciocina o julgador; tampouco porque não correspondam ao que deles se espera; e pergunta: para o que serve um cigarro? Essencialmente, para fumar. Essa resposta simples, mas correta, demonstra que não se trata de um déficit de uso ou do vício de um produto. Um cigarro perfeito não tem nocividade menor; o problema é a informação sobre a nocividade.⁴

Em seguida, a corte do Québec se deteve sobre a responsabilidade do fabricante de um produto intrinsecamente perigoso, segundo o CC-Q. Pergunta-se se o fabricante será responsabilizado pelo simples fato de pôr o produto no mercado. A resposta é que essa responsabilidade assim direta poderá haver somente em caráter excepcional, uma vez que produtos de utilidade podem portar alguma periculosidade, sem que se caracterize uma infração à obrigação de segurança. Poderia ser o caso de considerar faltosa a conduta de um fabricante em lançar no mercado um produto com pouca ou nenhuma utilidade e riscos significativos associados ao seu uso. A falta – ou responsabilidade – não decorre de lançar o produto perigoso no mercado, mas da informação relativa ao risco do produto. Surge então a questão de saber se informar o que é obrigatório sobre os riscos do produto é suficiente para eximir o fabricante de responsabilidade.⁵ A resposta é que ao fabricante incumbe o dever de revelar que riscos se associam ao uso do produto. No caso do tabaco, a responsabilidade não decorreu apenas da omissão da informação devida, mas também da veiculação em diversos meios, pela indústria do tabaco, de informação enganosa visando a ocultar

4. *Ibidem*, p. 80, § 224.

5. *Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé 2019 QCCA 358*, p. 84, § 234.

a verdadeira natureza e dimensão dos riscos e embaralhando a percepção do público ao minar sistematicamente os esforços governamentais e científicos a tal respeito.

A responsabilidade do fabricante não decorre, pois, de defeito do produto, mas da sua periculosidade.⁶

Para que o fabricante pudesse exonerar-se totalmente de responsabilidade, seria exigível que ele informasse claramente os riscos e o perigo associados ao produto, dando ao usuário ou consumidor um nível de conhecimento superior ao conhecimento geral, possibilitando-lhe assumir de modo livre e esclarecido o perigo e a possibilidade real de sua materialização,⁷ assim como os meios de enfrentamento. Não existindo tais meios, desse fato a vítima deveria também ser informada para que pudesse realisticamente avaliar o risco, assumindo-o conscientemente.⁸

Sempre devem ser consideradas as circunstâncias de determinado risco, tais como a sua gravidade, a probabilidade de sua materialização, a natureza do produto, a sua finalidade, como é constituída a clientela. O tribunal cita exemplos como faca de cozinha, detergente, serra elétrica, jogos para criança, que apresentam riscos em situações muito diversificadas, cabendo, em qualquer hipótese, as informações apropriadas às circunstâncias. Somente em conta do que informou o fabricante pode ser avaliada a culpa da vítima. Acrescenta que o consumidor não incorre em culpa ao se omitir de precauções que lhe seriam exigíveis, uma vez que o fabricante o tivesse informado adequadamente, pois o defeito de segurança⁹ decorre da falta de

6. *Ibidem*, p. 85, § 239. No Código de Defesa do Consumidor brasileiro (CDC-B) há referências diversas a defeito, nocividade e periculosidade. Defeito é a base da responsabilidade do fabricante no art. 12. Os artigos 9º e 10, contudo, aludem ao dever de informar *de maneira ostensiva e adequada* sobre produtos e serviços potencialmente *nocivos ou perigosos* (art. 9º), enquanto que o art. 10 veda a colocação no mercado de produto ou serviço que o fornecedor *sabe ou deveria saber* que apresenta *alto grau de nocividade ou periculosidade*.

7. *Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé 2019 QCCA 358*, p. 133, § 350.

8. *Ibidem*, p. 134, § 352.

9. A expressão “defeito de segurança” se refere ao texto do art. 1.468, do Código Civil de Québec: « Le fabricant d'un bien meuble, même si ce bien est incorporé à un immeuble ou y est placé pour le service ou l'exploitation de celui-ci, est tenu de réparer le préjudice causé à un tiers par le défaut de sécurité du bien ». Em tradução livre: “O fabricante de um bem móvel, ainda que o bem seja incorporado a um imóvel ou colocado a seu serviço ou exploração, é obrigado a reparar o dano causado a terceiros por defeito de segurança do bem” (*Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé 2019 QCCA 358*, p. 148, § 406). Há correspondência do texto com o art. 12 do CDC-B, que impõe ao fabricante, ao produtor, ao construtor e ao importador a obrigação de reparar o dano causado por defeitos de diversas origens, definidos genericamente na doutrina como defeitos (ou vícios) de segurança (ou insegurança). Por todos, Antonio Herman Benjamin: “Os produtos e serviços colocados no

informação. A má utilização do produto pelo consumidor pode resultar precisamente da ausência da informação adequada.¹⁰ Para se exonerar de responsabilidade, o fabricante deve demonstrar que a vítima conhecia o risco ou que podia evitar o dano. Dito de outro modo, o fabricante teria que demonstrar que o risco era aparente ou que era conhecido da vítima.

1.1. Causalidade médica

Quanto ao nexo de causalidade, o tribunal pontuou que o dano deverá ser reparado quando for causado por um defeito de segurança do produto. Os exemplos referidos incluem a explosão de uma garrafa, cujos cacos se fincam no braço e no rosto do consumidor.¹¹ O dano liga-se ao defeito de segurança na medida em que exista uma

mercado devem cumprir, além de sua função econômica específica, um objetivo de segurança. O desvio daquela caracteriza o vício de quantidade ou de qualidade por inadequação, enquanto o deste, o vício de qualidade por insegurança” (BENJAMIN, Antonio H. Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antonio H.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 181). A falta de segurança, aqui como lá, verifica-se quando, a teor do acórdão, o produto não oferece o grau de segurança que normalmente seria de se esperar (“le défaut de sécurité réside dans le fait que le bien n’offre pas le degré de sécurité auquel on est normalement en droit de s’attendre”).

10. O STJ demonstrou rigor ao exigir do fabricante que informasse especificamente o risco de usar sabão em pó para lavadora de roupa com a finalidade de lavar o chão. A dona de casa que assim procedeu resultou com queimaduras por dermatite de contato. A Quarta Turma, em votação unânime que acompanhou o Relator, Min. Luis Felipe Salomão, afirmando que “[O] uso de sabão do chão dos cômodos da casa, além da lavagem do vestuário, por si só, não representou conduta descuidada apta a colocar a consumidora em risco, uma vez que não se trata de uso negligente ou anormal do produto”. Acrescentou que não era suficiente o fabricante informar, em letras miúdas na embalagem, que devia ser evitado o contato prolongado do produto com a pele. O risco do produto deveria ser informado “de forma inequívoca, ostensiva e de fácil compreensão, principalmente no tocante às situações de perigo” (Recurso Especial 1.358.615-SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.05.2013).
11. Há casos semelhantes julgados pelo STJ, entre outros, os seguintes: Recurso Especial 1.288.008-MG, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 04/03/2013; Embargos de Divergência em Recurso Especial 422.778-SP, Segunda Sessão, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 29.02.2012. Nesse segundo caso, tratava-se de cegueira causada por tampa de refrigerante quando da abertura da garrafa. A ação de indenização foi julgada improcedente em primeiro grau, porque o autor não comprovou que a empresa ré fora a fabricante da garrafa defeituosa – portanto, ausente a prova de imputação da responsabilidade, embora já não se discutisse a existência de defeito, ou seja, o nexo de causalidade. Em segundo grau, o tribunal considerou que era ônus da empresa fazer a prova negativa, aplicando a regra do art. 12, § 3º, II, do CDC (o fornecedor somente não será responsabilizado se provar que o defeito

associação direta entre o perigo representado pelo produto e o tipo de dano sofrido pela vítima. O tribunal considera que nem em todos os casos fica evidente a presunção donexo causal como no exemplo da explosão da garrafa. Há casos em que o dano só se manifesta depois de um longo período de uso do produto, podendo ainda concorrer outros fatores igualmente capazes de produzir o mesmo dano. Em situações assim, o defeito de segurança não está associado a uma avaria ou a uma alteração do produto, mas à falta de indicações suficientes sobre o risco e o modo de evitá-lo. Onexo causal deve ser estabelecido entre o fator de risco e o dano, não entre a falta de informação e o dano.¹² Em outras palavras, o dano deve ser a expressão material do risco a que o consumidor é exposto ao fazer uso do produto. No caso do tabaco, assinalou o tribunal, o fumante deve estabelecer a relação de causa e efeito entre o defeito de segurança (o caráter patogênico ou tóxico do cigarro) e o dano (as doenças derivadas do consumo de tabaco e a dependência que ele arrasta).¹³

O tribunal considerou provada a falta de segurança do cigarro, por ser patogênico e tóxico, e que a toxicidade agrava o risco da patogenia; considerou provados também os diversos tipos de danos sofridos pelas vítimas: cânceres de pulmão e de garganta, enfisema e a só dependência (vício).

No julgamento de primeiro grau, diversos peritos médicos e epidemiologistas foram ouvidos. Examinando documentos e depoimentos, o tribunal deu como provado que “o tabagismo é, de longe, o mais importante fator de risco para as doenças em

não existia). Para tanto, considerou que a inversão do ônus da prova constitui regra de julgamento, o que contrariou jurisprudência do STJ, que a considera regra de procedimento, devendo ser propiciada pelo juiz às partes a oportunidade de fazer a prova que lhes interessa. A Segunda Sessão, por maioria, anulou o processo desde a sentença. No julgamento, houve divergência, que girou em torno da imputabilidade à empresa ré da fabricação da garrafa de refrigerante portadora de defeito. O que estava em causa, portanto, não era a inversão do ônus da prova relativa à existência ou não de defeito. Nesse ponto, a Ministra Relatora consignou, com razão, que se discutia na ação “não o defeito da garrafa de coca-cola [sic] cuja explosão provocou seríssimos danos na visão do consumidor, fato esse incontroverso, mas se o produto defeituoso foi fornecido ao ponto de venda em que adquirido pela empresa incorporada pela ora embargante”. Embora o acórdão não mencione o inciso I do art. 12, § 3º, era a matéria que ali é tratada que estava em causa: o fator de imputação, ou seja, se fora mesmo a empresa ré que lançara no mercado o produto defeituoso.

12. Ressalte-se que o art. 1.468 do Código Civil de Québec, transcrito anteriormente, não especifica em que pode consistir um defeito de segurança, ao contrário do art. 12 do CDC, que inclui como espécie de defeito “informações insuficientes ou inadequadas sobre sua [do produto] utilização e riscos”. Portanto, a falta de informação constitui defeito do produto no CDC, enquanto que, no Código Civil de Québec, o defeito deve estar no produto.
13. *Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé* 2019 QCCA 358, p. 147, § 402.

causa”,¹⁴ malgrado a existência de fatores individuais que também podem influenciar o surgimento dessas doenças.¹⁵ No que diz respeito à contestação científica que as empresas réus promoveram a essas provas, mediante testemunhos de peritos, o tribunal disse que “ela visava a suscitar dúvidas sobre a utilidade das pesquisas epidemiológicas para provar a causalidade”.¹⁶ Citou jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que, ao se defender desse modo, sem apresentar evidências em contrário, o réu corre o risco de uma inferência probatória adversa.¹⁷

Os réus pretendiam que houvesse prova de que *cada* membro do grupo Blais tivesse contraído uma doença por fumar.¹⁸ Para isso, afirmavam a imprescindibilidade de uma prova citológica individual,¹⁹ uma vez que dados estatísticos e dados clínicos são coisas diferentes.²⁰ O tribunal rejeitou esse tipo de argumentação porque as ações em causa não eram individuais, mas coletivas, para o que a prova epidemiológica se prestava.²¹ Mesmo assim, já em primeiro grau o juiz afirmou existir uma “fenda fatal” na argumentação dos réus. Ele se referia a uma inovação legislativa sobre onexo causal, introduzida no direito quebequense pela lei de recuperação de despesas de tratamento de saúde e danos relacionados ao tabaco (LRDTSRDT), ignorada pelos réus.

Duas províncias canadenses legislaram sobre essa matéria: a Colúmbia Britânica em 2000 e o Québec em 2009.²² Ambas as leis foram contestadas constitucionalmente e a Suprema Corte do Canadá a ambas confirmou.²³ A lei quebequense admite como prova de causalidade entre as despesas públicas com o tratamento de saúde dos fumantes e a atividade dos fabricantes de cigarros dados estatísticos provenientes de estudos epidemiológicos, sociológicos ou outros igualmente pertinentes. Por disposição expressa da lei, o nexocausal assim demonstrado aplica-se também às ações individuais ou coletivas de reparação individual (estas últimas – coletivas de reparação

14. *Ibidem*, p. 280, § 771.

15. *Ibidem*, p. 281, § 774.

16. *Ibidem*, p. 283, § 780.

17. *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S., *apud Imperial Tobacco Canada Ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé* 2019 QCCA 358, p. 286, § 754.

18. *Imperial Tobacco Canada Ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé* 2019 QCCA 358, p. 173, § 402.

19. *Ibidem*, p. 284, § 782.

20. *Ibidem*, p. 278, § 768.

21. *Ibidem*, p. 284, § 784.

22. A lei de Québec foi atualizada em 2019.

23. *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49; *Imperial Tobacco Canada Ltd c. Québec (Procureure générale)*, 2015 QCCA 1554, admissibilidade de recurso à Suprema Corte rejeitada em 05 de maio de 2016, n. 3674.

individual – em tudo similares à nossa ação coletiva para reparação de direitos individuais homogêneos) – modificando o direito comum da responsabilidade civil no Québec. Assim, as vítimas fizeram prova (i) das doenças de que padeciam e (ii) que eram fumantes há vários anos. O juiz de primeira instância, com a confirmação do tribunal de apelação, verificando que aquelas doenças eram causadas pelo tabaco, conforme atestados de estudos científicos, considerou provado o nexos causal entre os fatos alegados pelos autores e a atividade de fabricação e comercialização de cigarros desenvolvida pelas empresas réus.²⁴

Interpretando a LRDTSDRT, o tribunal manifestou que nas ações coletivas para recuperação de despesas públicas não entram em questão a identidade dos pacientes, a doença particular que os acometia nem que tipo de tratamento fizeram. A divulgação desses dados é até mesmo proibida. Por conseguinte, tais ações não inibem ações individuais de reparação de danos, nas quais o nexos causal entre o consumo de cigarros e a doença do fumante, igualmente nas ações coletivas (quer sejam as públicas, para recuperação de despesas de tratamento de saúde, quer sejam privadas, como as que estavam em julgamento), pode ser estabelecido por dados estatísticos epidemiológicos.

24. Ademais da expressa disposição da lei de recuperação de gastos da saúde pública, o art. 2.804 do Código Civil de Québec determina que a prova que torna a existência de um fato mais provável do que a sua inexistência é bastante, a menos que a lei exija uma prova mais convincente (“la preuve qui rend l’existence d’un fait plus probable que son inexistence est suffisante, à moins que la loi n’exige une preuve plus convaincante”). Embora não haja disposição semelhante no direito brasileiro, o CPC autoriza o juiz a aplicar as regras de experiência técnica (art. 375), o que pode amparar o valor probatório de dados estatísticos reconhecidamente idôneos. A ideia de suficiência da prova conforme o art. 2.804 do CCQ, segundo o acórdão, é geralmente diferente dos critérios de um comitê científico. Para considerar suficiente a prova epidemiológica, o tribunal fez considerações sobre a diferença entre causalidade científica e causalidade jurídica, afirmando que o direito não exige certeza científica, contentando-se com a “preponderância das probabilidades”. Nesse sentido, foi citada jurisprudência da Suprema Corte do Canadá (*Benhaïm c. St-Germain*, 2016 CSC 48; *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33), segundo a qual os tribunais devem lidar com os fatos de modo “decisivo e pragmático”, fazendo inferências de causalidade com base no “bom senso”. Por isso, o juiz pode reconhecer causalidade mesmo na ausência de “prova positiva ou científica”, uma vez que o réu não tenha produzido prova bastante em sentido contrário. Foi ressaltado o papel das partes nas questões envolvidas em incerteza sobre a causalidade. Ainda segundo a jurisprudência da Suprema Corte, compete a ambas as partes a difícil tarefa de estabelecer os fatos, mesmo na ausência de referências exaustivas. Duas balizas devem ser conciliadas: (i) velar para que o réu não seja responsabilizado, a menos que haja um elo significativo relacionando-o ao dano; (ii) impedir que ele se beneficie de sua própria negligência probatória. Em apelação, o argumento puro e simples do réu apelante no sentido de que o autor não produziu prova suficiente equivale a subverter o papel das partes, pois é ao apelante, não ao apelado, que incumbe demonstrar ter havido erro na apreciação dos fatos.

Em tom conclusivo sobre a questão da causalidade, o tribunal registrou que, majoritariamente, a jurisprudência quebequense segue a teoria da causalidade adequada, que requer que o dano seja uma consequência lógica, direta e imediata da culpa. Acrescentou que a LRDTSDRT facilitou sensivelmente a produção da prova contra os fabricantes de cigarro. Nesse passo, o tribunal faz uma relevante conexão da causalidade com o ônus da prova, afirmando que, quando tiveram a oportunidade, como requereram, de tomar o depoimento de diversos membros dos dois grupos de pessoas, com a finalidade de individualizar as situações caso a caso, acabaram por se omitir. Com efeito, foi longamente discutida na instrução a pertinência de serem ouvidas as pessoas representadas nos dois grupos das ações coletivas. Quando finalmente os procuradores dos grupos manifestaram a sua anuência e que, inclusive, haviam arrolado todos os nomes disponíveis, as empresas ré desistiram da produção dessa prova. Concluiu então o tribunal que uma prova substancial, respaldada por opiniões médicas e dados epidemiológicos, era uma base suficiente para estabelecer “presunções graves, precisas e concordantes”, as quais permitiam inferir, “tanto sob o ponto de vista médico quanto comportamental, em escala coletiva como individual”, que as doenças e a dependência dos membros dos grupos Blais e Létourneau tinham sido causadas pela conduta das empresas ré.²⁵

A causalidade médica, segundo o tribunal, pode ser examinada sob dois ângulos principais: a) produtos derivados do tabaco são tóxicos e constituem a principal causa de certas doenças graves (causa geral); b) uma dessas doenças afetou, em particular, o autor da ação (causa individual), o qual fumava uma quantidade suficiente de cigarros fabricados pela empresa ré, de tal modo que esse fato fosse preponderante sobre qualquer outra causa estranha ao tabaco, como alguma predisposição genética ou fator ambiental.

No que diz respeito à dependência da nicotina (grupo Létourneau), o tribunal considerou a prova, assim como no grupo Blais, “esmagadora”.²⁶ Entrou em questão, nesse ponto, a causalidade tratada como comportamental, consistente em que a omissão dos fabricantes em informar o que já sabiam sobre o caráter tóxico do cigarro e o caráter aditivo da nicotina, com o reforço da publicidade, foi a causa provável do tabagismo dos membros dos dois grupos. Foi invocado especialmente o relatório de 1998 do *Surgeon General* dos Estados Unidos, que contém um verdadeiro compêndio sobre a nicotina como substância que causa dependência. A partir da publicação do relatório, o tribunal toma como certo que ao menos desde 1989 os fabricantes de cigarro não podiam mais afirmar que ignoravam tal fato. Antecedentemente, já em 1961, um *dossier* interno da British American Tobacco continha a

25. *Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé* 2019 QCCA 358, p. 302, § 840.

26. *Ibidem*, p. 286, § 794.

suspeita, mediante fortes indícios encontrados em pesquisa própria, de que a nicotina era causadora de dependência.

Em 1976, um diretor de relações públicas da Imperial Tobacco redigiu uma nota interna (exibida no processo), dizendo que a empresa deveria estudar a fundo o desenvolvimento de um produto que não “escravizasse” os consumidores, porque “todos nós sabemos o quão difícil é deixar de fumar”.²⁷

No início dos anos 1970, três ensaios científicos haviam descrito o processo de dependência da nicotina, concluindo que a iniciação ao fumo se dá por fatores psicossociais ou por curiosidade, mas rapidamente ocorre uma “recompensa farmacológica”, na forma de indulgência, sedação ou estimulação, levando o iniciante a fumar mais, até que sobrevenha a dependência. Após três ou quatro anos de fumo intermitente, o vício se instala, segundo os estudos referidos. Quando o consumo ultrapassa 20 cigarros por dia, o fumante sente sintomas de abstinência se fica mais de 20 ou 30 minutos sem fumar.²⁸

1.2. Causalidade comportamental

No que concerne à aplicação da LPC, as decisões mais importantes são relativas à publicidade,²⁹ considerada uma manifestação do comportamento dos fabricantes de cigarro e influente nonexo causal a título de causalidade comportamental.

Dois artigos da LPC foram considerados: (i) o art. 219, segundo o qual nenhum comerciante, fabricante ou publicitário pode fazer uma representação falsa ou enganosa,³⁰ “representação”, a teor do art. 216 da LPC, significa uma afirmação, um comportamento ou uma omissão;³¹ segundo o acórdão, o conceito de representação vai

27. Ibidem, p. 290, § 805.

28. Ibidem, p. 291, § 809.

29. É fato que a publicidade de tabaco está proibida no Brasil, o que não significa que deixou de existir. Pantani et al relatam como os investimentos totais em *marketing* migraram para o *merchandising*, alargando o conceito de ponto de venda – PDV –, “transferindo-o para eventos culturais e esportivos que são transformados em ambientes coloridos, luminosos, divertidos e, por vezes, temáticos. Esses ambientes utilizam as mesmas cores das marcas de cigarros que são promovidas, criando uma identidade visual bastante forte, mas sem caracterizar patrocínio, legalmente proibido no país” (PANTANI, Daniela; PINSKY, Ilana; MONTEIRO, Anna. *Publicidade de tabaco no ponto de venda*. São Paulo: Ed. do Autor, 2011).

30. 219. “Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit, faire une représentation fausse ou trompeuse à un consommateur”. Perceba-se que os publicitários também são responsáveis por publicidade enganosa, diferentemente do que dispõe no Brasil o CDC.

31. 216. “Aux fins du présent titre, une représentation comprend une affirmation, un comportement ou une omission”.

além da publicidade tradicional, compreendendo todas as formas de comunicação perante os consumidores;³² (ii) o art. 228, que não permite que um fato importante seja omitido ao ser feita uma representação ao consumidor.³³ A noção de fato importante, esclarece o tribunal, compreende a segurança e a qualidade do produto, assim como qualquer outra informação capaz de influenciar a decisão de compra do consumidor.³⁴

Enquanto o art. 219 da LPC assemelha-se à publicidade enganosa (art. 37, § 1º, do nosso Código de Defesa do Consumidor – CDC-B), o art. 228 da LPC guarda relação com a publicidade enganosa por omissão (art. 37, § 3º, do CDC-B), mas também com o direito à informação (art. 6º do CDC-B) e com o dever de informar para efeito da prevenção de danos (art. 9º, quando não, no caso do tabaco, o art. 10 do CDC-B).

A omissão, naturalmente, referia-se à malfadada política de silêncio desenvolvida pelos fabricantes de cigarro, que durante muitos anos esconderam do público as informações que detinham sobre os graves danos associados ao tabagismo, até que finalmente foram reveladas graças a pesquisas independentes. Em paralelo com as disposições citadas da LPC, o art. 1.473 do CCQ impõe ao fabricante o dever de informar a existência de um defeito do produto assim que dele tenha conhecimento,³⁵ regra que tem semelhança com o *recall*, instituído no art. 10, § 1º, do CDC-B. A omissão não foi casual, segundo o tribunal, pois muitas vezes, ao longo do tempo considerado no processo, os fabricantes de cigarros fizeram afirmações públicas a respeito do tabaco.

Os apelantes sustentaram que não pode ser qualificado de importante um fato que é conhecido dos consumidores, como o risco de saúde presente no tabagismo. O tribunal contestou o argumento, dando como exemplo o aviso nos postos de serviço de que a gasolina é inflamável, fato consabido. Acrescentou que a obrigatoriedade de advertências impostas por lei em nada mudou os efeitos da política de silêncio, que

32. *Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé* 2019 QCCA 358, p. 308, § 868 e seg.

33. 228. “Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, dans une représentation qu’il fait à un consommateur, passer sous silence un fait importante”.

34. *Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé* 2019 QCCA 358, p. 310, § 874.

35. 1473. “Le fabricant, distributeur ou fournisseur d’un bien meuble n’est pas tenu de réparer le préjudice causé par le défaut de sécurité de ce bien s’il prouve que la victime connaissait ou était en mesure de connaître le défaut du bien, ou qu’elle pouvait prévoir le préjudice.

Il n’est pas tenu, non plus, de réparer le préjudice s’il prouve que le défaut ne pouvait être connu, compte tenu de l’état des connaissances, au moment où il a fabriqué, distribué ou fourni le bien et qu’il n’a pas été négligent dans son devoir d’information lorsqu’il a eu connaissance de l’existence de ce défaut”.

levou os fabricantes de cigarro a calar sobre a dependência causada pela nicotina e sobre os riscos de doenças advindos do consumo de tabaco.³⁶

Além da omissão de um fato importante, os apelantes também foram censurados por fazerem publicidade enganosa, ao difundirem imagens que dissimulavam a nocividade do cigarro, especialmente a publicidade de estilo de vida ou associando o cigarro a práticas esportivas, desse modo ocultando o efeito nefasto do produto.³⁷

O tribunal também discutiu o liame existente entre a prática comercial proibida (a omissão de um fato importante e a representação falsa ou enganosa) e a adesão ao cigarro. Segundo critérios estabelecidos na jurisprudência canadense, essa análise deve ser objetiva, isto é, em relação ao produto, e não subjetiva, ou seja, em relação ao consumidor. A representação (*rectius*, a publicidade do produto) deve ser anterior à aquisição do produto e a mensagem publicitária (ou seja, a “representação”) deve ser “susceptível” de influenciar o consumidor, não sendo necessário, portanto, demonstrar que o consumidor efetivamente aderiu ao produto por influência direta da representação.³⁸ O critério é o mesmo adotado pelo legislador brasileiro para definir publicidade enganosa: basta, em abstrato, que ela seja “capaz de induzir em erro o consumidor”, sendo desnecessário cogitar-se de comportamento concreto.

A causalidade comportamental também está relacionada às violações à Carta de Direitos e Liberdades da Pessoa. Qualquer atentado a direitos protegidos pela CDLP implica a responsabilidade civil do ofensor. Estavam em causa atentados à vida, à segurança e à integridade dos membros dois grupos ou classes de fumantes.

O atentado à vida pode consistir em adotar um comportamento que aumente o risco de morrer. O mesmo é dito em relação ao direito à integridade, circunscrevendo-se o risco apenas a uma escala menor, além do que o direito à integridade se refere tanto ao aspecto físico quanto ao psicológico.

Para que se afirme a existência de um direito à integridade é necessária a demonstração de uma seqüela. Relativamente aos membros do grupo Blais, o juiz descreveu na sentença – e o tribunal acolheu – sintomas físicos e o estado deplorável de pacientes com câncer de laringe e de faringe, assim como de outros com enfisema. Quanto à dependência de nicotina, foram descritos os tormentos morais dos membros do grupo Létourneau em conviver com a redução da sua expectativa de vida, a afetação do equilíbrio emocional, a perda de vitalidade, a limitação da liberdade pessoal em razão da escravidão do vício.

36. *Imperial Tobacco Canada Itée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé* 2019 QCCA 358, p. 311, § 873 e seg.

37. *Ibidem*, p. 312, § 883 e seg.

38. *Ibidem*, p. 322, § 923 e seg.

O tribunal considerou ilícitos esses atentados – como requer o direito quebequense –, porque o CCQ impõe a todos o dever de respeitar as regras de conduta que, segundo as circunstâncias, os usos ou a lei se impõem no sentido de não causar dano a ninguém. A CDLP impõe que ninguém ofereça ao público um produto capaz de causar a morte (direito à vida), aumentar substancialmente o risco de mortalidade (direito à segurança), afetar a saúde de tal modo que demande a submissão a tratamentos invasivos e dolorosos (direito à integridade), ao mesmo tempo que a natureza mortal e viciante do produto é banalizada.³⁹

2. A DECISÃO DA ARGENTINA

Na Argentina, dependentes de um fumante que faleceu em razão de câncer pulmonar moveram ação de indenização contra duas tabaqueiras daquele país.⁴⁰ As empresas rés defenderam-se, argumentando que sua atividade é lícita, que os cigarros são vendidos com advertências sobre os riscos associados ao consumo, o que é de conhecimento público, e, por conseguinte, quem decide fumar o faz por livre-arbítrio, havendo, ao menos culpa concorrente da vítima. Acrescentaram que nada impede que o fumante abandone o tabagismo, nem mesmo a nicotina, sustentando que a substância não causa dependência. Também impugnam a existência de nexos causal entre a doença da vítima e o consumo de cigarros, considerando imprópria a aplicação da responsabilidade civil do fabricante.

A sentença, embora reconhecendo o nexos causal, julgou a demanda improcedente, por ser de notório conhecimento que fumar é prejudicial à saúde, tendo a vítima assumido o próprio risco.

O tribunal considerou que, a teor do que dispõe a Lei de Defesa do Consumidor argentina (LDC-A), é do fabricante o ônus da prova de demonstrar que o produto causador do dano era desprovido de defeito ou que a culpa foi do consumidor ou alguma outra causa excludente de responsabilidade.

O tribunal fixou inicialmente o marco jurídico do julgamento no direito argentino. Em primeiro lugar, o tema diz respeito à Lei de Defesa do Consumidor daquele país (LDC-A), assinalando especialmente que os fabricantes de cigarros devem cumprir o dever de informar relativo às coisas perigosas. Por se tratar de uma relação de consumo, as normas especiais da LDC-A constituem um microsistema com raiz constitucional, dotado de princípios próprios e até mesmo derogatórios do direito privado tradicional, uma vez que o direito do consumidor tem normas próprias de reparação de danos, presididas por princípios peculiares, tais como o da

39. *Ibidem*, p. 337, § 989 e seg.

40. *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “C”, Civ 97951/1998/CA002, Juzg. 50, sept. 2019*. Sem numeração de páginas.

interpretação favorável ao consumidor, o direito a ser informado de forma adequada, a proteção à saúde e à integridade física do consumidor e o dever geral de segurança no fornecimento de produtos e serviços, normas essas que se justificam em razão da vulnerabilidade do consumidor perante a cadeia de fornecedores. Assim, foi fixada norma de regência da espécie: o art. 40 da LDC-A,⁴¹ norma que supera a divisão clássica em dois âmbitos de responsabilidade, contratual e extracontratual, e que faz uma expressa imputação a uma cadeia de legitimados passivos mais ampla do aquela que no CC-A é imputada ao dono ou guardião da coisa.⁴² Na aplicação do art. 40, da LPC-A, o acórdão afirma que cabe ao consumidor demonstrar o defeito do produto ou a causa do dano. A falta de prova do defeito, porém, não libera automaticamente de responsabilidade os fornecedores, pois eles devem demonstrar a inexistência do defeito, a culpa do consumidor ou outra causa estranha. Nada disso, acrescentou o julgador, implica descartar o diálogo integrativo entre o microsistema de consumo e as regras do sistema geral.

Ficou ainda registrado que as tabaqueiras repetem, em toda parte do mundo, o mesmo esquema defensivo:⁴³ esgrimem a licitude da atividade que desenvolvem, o cumprimento de suas obrigações legais, a ausência de nexos causal entre fumar e o dano, asseveram a assunção do risco por parte da vítima e sustentam a possibilidade real de deixar de fumar – argumentos todos repetidos na causa em questão.

2.1. Antijuridicidade e causalidade

Nas questões de fundo, foi examinada inicialmente a questão da antijuridicidade, a qual, segundo o acórdão, certamente não decorre da fabricação e venda de cigarros.

41. Artículo 40. – Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.

42. ARTICULO 1758. – Sujetos responsables. El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta. En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial.

43. O que se explica facilmente em vista da globalização das empresas. A BAT atua em forma de rede estratégico-sistêmica, com cinco diretorias regionais: Ásia-Pacífico, Europa, América-Pacífico, Amesca (África, Oriente Médio, Ásia Central e Sul) e América Latina e Caribe, combinando investimentos em *marketing* global e em tecnociência. O *marketing* e a defesa jurídica atuam integradamente desde que começaram a se multiplicar os processos judiciais contra a indústria do fumo em diversos países (BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça – Tabaco, tabagismo e meio ambiente: estratégias da indústria e dilemas da crítica*. Itajaí: Univale, 2002. p. 312).

A responsabilidade civil emergente do CC-A de 2014 não estipula danos típicos, utilizando a fórmula aberta “ninguém causará dano a ninguém” (*alterum non laedere*). Assim, torna-se antijurídico todo fato que causa dano a alguém, se o dano não tem justificativa.⁴⁴ É desnecessária, portanto, uma antijuridicidade material. O dano diz respeito a uma transgressão de valores e princípios jurídicos. A Corte Suprema já fixou que o princípio *alterum non laedere* tem hierarquia constitucional, estabelecida no art. 19 da Constituição argentina.⁴⁵ Assim, a máxima romana *alterum non laedere* assumiu o lugar de um princípio-matriz, tornando irrelevante a exigência de ilicitude da conduta do causador do dano e atribuindo à antijuridicidade um elemento autônomo e imprescindível da obrigação de indenizar.

Sobre onexo causal, o acórdão pontua, ao início, que se trata, na teoria tradicional da responsabilidade civil, de um pressuposto físico-objetivo, e não subjetivo, que procura estabelecer uma relação material entre antecedente (fumar) e o consequente (câncer de pulmão).

Acrescenta que, diante de várias possibilidades para determinar a causa de um dano, deve haver uma mais provável, o que levou o juiz de primeiro grau a estabelecer onexo causal entre o tabagismo e o câncer de pulmão. Foi aferida a prova pericial. Uma perícia sustentou que o tipo histológico verificado na vítima permitia afirmar que o fator causal do câncer da vítima (adenocarcinoma) fora o tabagismo. Essa opinião foi contestada por outra perícia, segundo a qual afirmou que não existe nenhum critério clínico, patológico ou radiológico que permita diferenciar um câncer de pulmão supostamente causado por tabagismo de outro que possa ter resultado de outros fatores de risco. Em casos assim, de divergência técnico-pericial, conclui o julgado, cabe ao juiz recorrer a critérios de probabilidade, o que é autorizado, afirma, pela teoria da causalidade adequada, na qual a causa se identifica com a condição que, “segundo o curso natural e ordinário das coisas”, se considera idônea para produzir o resultado segundo a experiência. Acrescenta que, embora não se possa fazer presunções de causalidade, em alguns casos deve presumir-se a adequação das consequências.

O julgado recorre, então, a dados epidemiológicos que apontam para a alta probabilidade de que o tabagismo cause câncer de pulmão para inferir que, ainda que se trate de dados gerais, não se pode perder de vista a mencionada adequação das consequências. Recordando os dados do caso em questão, referiu a existência de um

44. Artículo 1717. – Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.

45. Artículo 19. – Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

prontuário médico do Instituto de Serviço Social dos Ferroviários de 1984, mencionando que a vítima fumava desde os 17 anos em torno de 30 cigarros por dia e na ocasião apresentava tosse crônica por mais de 5 anos.

De acordo com dados epidemiológicos, quem fuma com essa intensidade, em um elevado percentual de casos, desenvolve câncer de pulmão. No caso da vítima, era necessário considerar que o exercício da sua profissão a expunha aos efeitos de fibras de asbesto, que também é um fator de risco para câncer. Contudo, a atividade profissional cessou no início dos anos 1990 e o risco específico do asbesto é câncer de pleura. Por esses fatores, o julgado considerou razoável atribuir o câncer de pulmão da vítima ao tabagismo.

2.2. Culpa da vítima e assunção do risco

Passou a ser examinada a seguir a hipótese de culpa da vítima. Segundo o art. 1.719 do CC-A,⁴⁶ a assunção de riscos faz parte da causalidade, ficando isento de responsabilidade o criador do risco somente se ficar caracterizado um fato do prejudicado que rompa total ou parcialmente onexo causal. O relator acrescenta que, no direito do consumidor, o fato da vítima deve ser interpretado restritivamente e que há uma hipervulnerabilidade do consumidor em termos de informação, segurança, publicidade e outras práticas comerciais, o que deve ser considerado tanto para efeito de prevenção quanto de reparação de danos.

Exige-se dos fornecedores que cumpram com alto grau de diligência os deveres de informação que lhes incumbem.

Para que se possa considerar assumido um risco pela vítima é necessário analisar os aspectos cognoscitivo (pleno e cabal conhecimento do risco) e volitivo (expor-se ao perigo com discernimento, intenção e liberdade).

Para avaliar o viés cognoscitivo, é necessário saber se a informação existente à época em que a vítima começou a fumar era suficiente para uma hipotética assunção do risco. O julgado considera que, não obstante a advertência pública de que “fumar faz mal à saúde” – em vigor na Argentina desde 1986 – faltou boa-fé aos fabricantes de cigarros, ao associar o produto a situações prazerosas. Dessa forma, nublavam o

46. Artículo 1719. – Asunción de riesgos. La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente elnexo causal. Quien voluntariamente se expone a una situación de peligro para salvar la persona o los bienes de otro tiene derecho, en caso de resultar dañado, a ser indemnizado por quien creó la situación de peligro, o por el beneficiado por el acto de abnegación. En este último caso, la reparación procede únicamente en la medida del enriquecimiento por él obtenido.

conhecimento público sobre os riscos do tabagismo mediante campanhas de publicidade que levavam a marca da abusividade, porque tinham o potencial de levar o consumidor a adotar condutas prejudiciais à própria saúde.

Por essas razões, não foi reconhecida a culpa da vítima.

3. A DECISÃO DO RIO GRANDE DO SUL

O segundo fator de possível influência sobre a jurisprudência histórica do País, contrária aos interesses das vítimas do tabaco – e certamente aquele que mais diretamente poderá repercutir no STJ – é um acordão da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de dezembro de 2018.⁴⁷ Em extensa e minuciosa análise, o relator, Desembargador Eugênio Facchini Neto inicia demonstrando de que modo a indústria do fumo utilizou o cinema para impulsionar a popularidade do cigarro, até que o relatório anual da maior autoridade em saúde dos Estados Unidos, o *Surgeon General*, em 1964, associou definitivamente o fumo a diversas doenças. A partir de então, sucederam-se três ondas de ações de responsabilidade civil contra a indústria do tabaco. Enquanto as duas primeiras não colheram êxito, a partir de 1994 ações promovidas por Estados norte-americanos, e finalmente também pela União, lograram alcançar somas calculadas em bilhões de dólares de indenização em favor do sistema de saúde, em razão de tratamento dos fumantes. O êxito dessa terceira onda de ações é atribuído à revelação de documentos atestando que os fabricantes de cigarros foram os primeiros a saber dos efeitos nocivos do tabagismo, mas ocultaram as informações do público que detinham.

3.1. *Nexo causal probabilístico*

A seguir, o relator contesta os dois argumentos mais frequentemente acolhidos no STJ para denegar a pretensão indenizatória das vítimas diretas ou indiretas (familiares do fumante, como era o caso da autora ação) do tabagismo. Um desses argumentos diz respeito à ausência denexo causal direto e imediato entre o tabagismo e a doença diagnosticada no fumante. Esse argumento afirma que doenças comuns nos fumantes, como câncer de diversos tipos, doenças circulatórias e outras, são causadas por fatores diversos, não sendo possível apontar o tabagismo como o fator determinante do mal. Nesse particular, o caso que estava em julgamento apresenta algo inédito. A certidão de óbito consignou expressamente como causa de morte da vítima: “Insuficiência ventilatória. Doença pulmonar obstrutiva crônica. Tabagismo.”

47. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível 70059502898 (CNJ 0142852-52.2014.8.21.7000). Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. J. 18.12.2018.

À causa provável foi diretamente associada uma afirmação pericial, capaz de satisfazer o rigor do art. 403 do Código Civil, que exige que a relação causal entre um fato e o dano seja evidenciada por uma ligação direta e imediata.

Não se limitando a esse elemento factual, o relator tece apropriados comentários sobre teorias que tendem a relativizar o nexos causal, tais como *res ipsa loquitur*, *market share liability*, perda de uma chance, causalidade alternativa, presunção de causalidade, *more probable than not*, verossimilhança e probabilidades estatísticas.⁴⁸ Todas essas teorias, acolhidas em tribunais do País e do exterior, contribuem para o reconhecimento de causas danosas, em situações em que, embora não se consiga alcançar a certeza, chega-se dela muito próximo, autorizando o magistrado a formar o seu convencimento de forma racional. Por outro lado, o Desembargador Facchini Neto demonstra o absurdo lógico em que incorrem as sentenças que julgam improcedentes as ações indenizatórias por falta de certeza absoluta da causa da doença. Se as estatísticas demonstram que entre 80% e 90% das doenças dos fumantes provêm do tabagismo, então apenas 10% a 20% são explicadas por outras causas. Se, num universo de 100 tabagistas, todos ajuizassem ações indenizatórias, a lógica da certeza determinaria a improcedência de todas as ações, embora se soubesse, por dados estatísticos irrefutáveis, que entre 80 e 90 ações haveriam de ser procedentes. A solução que o acórdão aponta é a adoção de uma lógica de probabilidade, formulando-se um juízo de presunção a favor do consumidor, que tem como direito básico a facilitação da defesa dos seus direitos e a inversão do ônus da prova a seu favor. Nessa linha de entendimento, foi reduzido o percentual de 15% do valor atribuído em princípio à indenização, pelo fato de que 85% dos diagnósticos de DPOC tem origem tabagística. Do montante encontrado, foram abatidos mais 25% a título de culpa concorrente, pois o julgado imputou corresponsabilidade à vítima pela decisão de fumar. Uma terceira dedução foi deferida para a fase de liquidação da sentença, a ser determinada de acordo com a participação do fabricante demandado no mercado de cigarros, uma vez não ser possível saber se a vítima não consumiu igualmente produtos de outro fabricante.

Assim fundamentado, o acórdão do Tribunal do Rio Grande do Sul desafia a jurisprudência do STJ nos seguintes sentidos: a) carrega a afirmação pericial de que a doença pulmonar contraída pela vítima teve como causa o tabagismo; b) usa em favor da demandante a probabilidade estatística de que, efetivamente, a doença que acometeu a vítima deve ter sido causada pelo tabagismo; 3) relativiza, porém, essa conclusão, descontando da indenização um valor correspondente ao percentual teórico da chance em contrário, isto é, a hipótese de que a vítima tivesse contraído a doença fatal por causa diversa do tabagismo; 4) ainda manda abater outro percentual,

48. *Ibidem*, p. 40 e seg.

conforme a participação do fabricante réu no mercado. Ademais, considera haver culpa concorrente do fumante.

3.2. *Livre-arbítrio*

A propósito do recorrente argumento de que o fumante “fuma porque quer”, determinado pelo seu livre-arbítrio,⁴⁹ o acórdão do Rio Grande do Sul traz importantes considerações. Referindo-se, inicialmente, à iniciação no tabagismo, registra que quase 90% dos fumantes começam a fumar antes dos 18 anos, razão pela qual o tabagismo é considerado uma doença pediátrica. Iniciar-se tão precocemente, afirma, compromete o livre-arbítrio do adolescente. Sendo o jovem mais influenciável e suscetível a imitar comportamentos o alvo preferencial das campanhas publicitárias de marcas de cigarros “e representa um consumidor que provavelmente passará o resto de sua vida escravizado ao consumo, mercê do poder viciante da nicotina”.⁵⁰

Prossegue o acórdão afirmando que o jovem não tem noção das consequências em longo prazo do tabagismo para a sua saúde: baixa qualidade de vida e até mesmo a morte. A própria OMS já constatou que os riscos do tabagismo são percebidos como muito distantes, facilmente compensados pelos benefícios psicológicos imediatos.

A decisão acrescenta que “vida e saúde são direitos indisponíveis, subtraídos ao livre mercado”.⁵¹

Na tomada de decisão do jovem em fumar ainda devem ser levados em consideração os efeitos da publicidade. O acórdão cita como exemplo ação civil pública movida pelo Ministério Público do Distrito Federal, em que houve o reconhecimento da enganiosidade de campanha de cigarros, na qual ficou evidente a estratégia da empresa de se utilizar de imagens subliminares. A sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do DF e mantida pelo Superior Tribunal de Justiça.

49. A controvérsia sobre o livre-arbítrio do fumante tem um amplo acervo de contribuições, desde uma coletânea de pareceres francamente liberais organizada por Teresa Ancona Lopez (*Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – O paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009) até opiniões mais críticas, como as Amanda Flávio de Oliveira (*Direito de [não] fumar – Uma abordagem humanista*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 101-107) e Lúcio Delfino (*Fumo e livre-arbítrio*. In: PASQUALOTTO, Adalberto; FACCHINI NETO, Eugênio; BARBOSA, Fernanda Nunes. *Direito e saúde: o caso do tabaco*. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 437-473).

50. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível 70059502898 (CNJ 0142852-52.2014.8.21.7000). Rel. Des. Eugênio Facchini Neto. J. 18.12.2018.

51. *Ibidem*, p. 50.

A decisão menciona outro artifício para atrair os jovens ao tabagismo: o uso dos aditivos, citando dados que apontam para a utilização, pela indústria, de 599 diferentes espécies de aromatizantes e flavorizantes.

Voltando-se para o público adulto, o acórdão consigna que, numa sociedade livre, na qual indivíduo tem direito a fazer escolhas, mesmo que prejudiciais a si próprio, o apelo filosófico e ideológico à liberdade, como faz a indústria do tabaco ao invocar o livre-arbítrio, sempre é agregador. Contudo, os artifícios empregados pela indústria do fumo para vender o seu produto historicamente visaram justamente a quebra das barreiras da liberdade de escolha, neutralizando informações de que o cigarro produto seria nocivo à saúde. Pondera que abandonar o cigarro vai ficando mais difícil na medida em que se envelhece, em razão do mecanismo do vício instalado pela nicotina. Portanto, também falar-se em livre-arbítrio, mesmo em relação aos adultos, “é olímpicamente desconhecer a realidade dos fatos”.⁵²

Cita dados do Instituto Nacional do Câncer, segundo os quais a nicotina é uma substância psicoativa, que produz a sensação de prazer, o que pode induzir ao abuso e à dependência, razão que incluiu a substância na 10ª revisão da Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde.

Ainda são referidos estudos de economia comportamental, que descrevem a dificuldade humana com a tomada de decisões intertemporais, ou seja, decisões que exijam pequenos sacrifícios no presente para que se alcance um benefício maior no futuro. Explica-se que essa dificuldade decorre de um superotimismo, porque em geral todos se consideram mais propensos aos bons acontecimentos. No entanto, muitas escolhas são movidas por compulsões, ódio, paixões e vícios e não representam, pois, uma expressão de escolha livre.

Raciocina, enfim, o relator: “[s]e o cigarro vicia, como é indubitável, até que ponto é possível falar em livre-arbítrio do fumante no que diz respeito à sua decisão de abandonar o vício?”⁵³ Responde dizendo que os próprios fabricantes de cigarro já admitiram que parar de fumar é difícil. E cita pesquisa da Universidade de Iowa, que envolveu pacientes acometidos de um tipo específico de lesão no córtex pré-frontal. Embora mantivessem preservada sua capacidade cognitiva, eram incapazes de se conduzir de acordo com um conhecimento abstrato. Um dos pesquisadores afirmou que o caso se assemelhava a um vício em drogas, uma vez que uma pessoa dependente é capaz de articular muito bem as consequências do seu comportamento, mas não conseguem agir de modo coerente. Analogicamente, afirma o acórdão, a consciência individual dos males associados ao fumo não impede que alguém dependente de

52. *Ibidem*, p. 58.

53. *Ibidem*, p. 61.

nicotina continue fumando. O que mantém o vício, portanto, não é o livre-arbítrio, mas precisamente a sua falta.

4. A AÇÃO DA AGU

A Advocacia-Geral da União propôs ação contra as duas principais empresas tabaqueiras instaladas no Brasil e as suas matrizes sediadas no exterior, pedindo reembolso das despesas suportadas pelo Sistema Único de Saúde com os tratamentos médicos dos fumantes. Esse é um primeiro aspecto inédito: o pedido de citação das matrizes estrangeiras na pessoa dos representantes legais das filiais brasileiras. Desse modo, a AGU sinaliza para o aspecto concertado da atuação das tabaqueiras em todo o mundo.

O aspecto processual pode produzir debate e possível dispêndio de tempo, mas há amparo no Código de Processo Civil para a citação de empresas sediadas fora do País, desde que os fatos tenham ocorrido no Brasil (o tratamento dos fumantes), a obrigação tiver de ser cumprida no Brasil (ressarcimento à União) ou a pessoa jurídica estrangeira tiver agência, sucursal ou filial no Brasil. Todas essas hipóteses, previstas no art. 21 do CPC, estão presentes.

4.1. *Nexo causal epidemiológico*

A ação se fundamenta nos abundantes dados estatísticos disponíveis em fontes nacionais e estrangeiras sobre a relação causal existente entre o consumo de produtos derivados do tabaco e doenças cardíacas, pulmonares, câncer, diabetes e outras. A relação causal invocada é epidemiológica, no sentido de que, segundo aponta a ciência, as doenças causadas pelo tabaco constituem uma epidemia no mundo todo, e uma proporção dessas doenças são seguramente relacionadas diretamente ao tabaco.

Não se trata de relacionar a doença de um fumante em particular com o consumo de cigarros, tal como procuram demonstrar os que buscam indenização em ações individuais. A ação da AGU, ao contrário, tem caráter coletivo, apesar de a autora ter feito um grande esforço argumentativo sustentando a responsabilidade objetiva dos fabricantes, a partir de exegese do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, e do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor – responsabilidade que, sem dúvida, diz respeito ao dano causado ao indivíduo. Nessa linha, a inicial contesta os argumentos usualmente empregados pelos fabricantes da existência de livre-arbítrio do fumante e de falta de prova do nexo causal entre a doença adquirida e o tabaco – argumentos que acabam prevalecendo nos tribunais, inclusive no STJ.

Para efeito da ação proposta, o nexo causal que importa é o epidemiológico, ou seja, a certeza científica de que, em altíssima porcentagem, o tabaco causa diversas doenças. Nesse particular, a inicial é coerente em requerer o ressarcimento de despesas à razão de duas proporções: a primeira, relativa ao percentual de incidência do

tabaco sobre a origem de cada uma das doenças consideradas (26 doenças causadas pelo tabaco foram relacionadas); a segunda, relativa à participação de mercado de cada uma das duas empresas demandadas. Dessa maneira, cada empresa responderá (i) por indenização proporcional às suas vendas e (ii) na medida da taxa estatística de cada doença tabaco relacionada. Assim é afastado o risco de que as demandadas respondam por doenças causadas por produtos tabaqueiros de outros fabricantes ou pelo mal de pacientes não fumantes que contraíram doenças semelhantes às causadas pelo tabaco devido a outras causas.

Também não importa como ou porque o fumante decidiu fumar. O argumento do livre-arbítrio, além de ser contestável atualmente – como se verá adiante –, diante da atuação do *marketing*, não é decisivo para os fins da ação proposta, porque, objetivamente, tenha ocorrido a iniciação ao tabaco por vontade própria ou induzida, a consequência mórbida do vício se abate sobre o fumante e ele acaba procurando tratamento para recuperação da saúde.

4.2. *Externalidades negativas*

Dado que o objeto da ação é o ressarcimento de despesas do SUS, o fundamento mais importante do pedido não é a responsabilidade civil do fabricante de produtos derivados do tabaco, mas sim a causa da despesa suportada pelo sistema público de saúde. Para esse fim, não é decisivo que o fabricante seja responsável perante o fumante como consumidor individual, mas sim que os efeitos nocivos do tabaco à saúde da coletividade de fumantes (e de terceiros, inclusive – os fumantes passivos) sejam devidamente comprovados. Disso há demonstração abundante na literatura especializada universal, conforme referido. Se tais efeitos geram ao prestador público de serviços de saúde despesas para tratar as doenças tabaco relacionadas, o sistema está sendo onerado por uma atividade econômica que, muito embora lícita, gera externalidades negativas que as empresas produtoras deveriam internalizar, uma vez que os efeitos sobre a saúde dos consumidores são inevitáveis e decorrem diretamente dos produtos que originam o lucro das empresas. Não podendo o SUS se recusar a prestar os tratamentos de saúde demandados pelos fumantes adoecidos, uma vez que presta um serviço público, nem por isso deixa de ter direito ao reembolso, pois os custos inferidos têm causa direta e imediata na atividade econômica das empresas tabaqueiras.

O orçamento do Ministério da Saúde, em 2019, é de 132 bilhões de reais.⁵⁴ Enquanto isso, os custos de tratamento de doenças tabaco relacionadas é de 39,4 bilhões de reais, segundo dados do Instituto Nacional de Câncer divulgados em 2017.⁵⁵

54. Lei 13.808/19, anexo II.

55. Conforme: [www.inca.gov.br/noticias/estudo-inedito-divulga-custos-atribuiveis-ao-tabagismo-no-brasil]. Acesso em: 27.12.2019.

CONCLUSÃO

Em torno do tabaco há uma indústria internacional, atualmente nas mãos de poucos grupos econômicos de expressão global. Três desses grupos estavam representados nas ações promovidas no Québec. No Brasil, a tradicional Souza Cruz, que surgiu em Santa Cruz do Sul em 1903, desde 2015 pertence quase integralmente à *British American Tobacco – BAT*, que detém 97,7% das ações da empresa, agora sediada no Rio de Janeiro. A BAT também é controladora da *Imperial Tobacco Canada Limited*, uma das réis no processo de Québec.

A indústria do tabaco sempre trabalhou integrada, não importando a geolocalização das suas instalações e dos respectivos mercados. As estratégias do negócio foram sempre as mesmas. O principal produto do tabaco, o cigarro, popularizou-se no mundo pela ação de *marketing*, até então insuspeita porque despercebida, promovida em parceria com a indústria de Hollywood. Astros e estrelas do cinema contribuíram para glamorizar o ato de fumar, inscientes de que estavam ajudando a espalhar pelo mundo doença, sofrimento e morte. Fora das salas de cinema, invadindo o nosso cotidiano, a publicidade punha ao alcance de todos estilos de vida fascinantes, idealizações de homens bravos, mulheres elegantes, jovens atletas saudáveis, todos sempre acompanhados de um cigarro. Na fantasia que a nenhum ser humano é estranha, bastava fazer o mesmo: acender um cigarro para sentir-se como os modelos ficcionais. O cigarro transmitia uma sensação de prazer, quem sabe de alívio para o dia a dia penoso, tão diferente da fantasia publicitária. Uma verdadeira compensação para a realidade da vida. E um cigarro meia hora depois pedia outro... e mais outro. A dependência estava instalada, o verdadeiro objetivo da indústria tabaqueira estava atingido.

A homogeneidade das estratégias de *marketing* deu lugar à uniformização dos argumentos jurídicos da indústria do tabaco para se defender nas ações de indenização que começaram a surgir quando os efeitos deletérios do tabaco sobre a saúde humana começaram a se tornar evidentes. Inicialmente, a indústria negou tais efeitos. Porém, a célebre sentença Kessler, pronunciada em 2006 em julgamento de uma ação promovida pelo governo federal dos Estados Unidos contra 11 tabaqueiras,⁵⁶ pôs a nu a política de silêncio dos fabricantes de cigarros, que omitiram durante muitos anos o que as suas pesquisas internas já haviam revelado: a dependência gerada pela nicotina e os danos mortais do tabaco. É por essa razão que o tribunal de Québec manteve a condenação contra as três tabaqueiras canadenses por atentados ilícitos contra a vida, a integridade e a segurança dos membros dos grupos Blais e Létourneau.

56. Trata-se do caso *United States v. Philip Morris et al.*, relatado em livro: EUBANKS, Sharon Y.; GLANTZ, Stanton A. *Bad acts: the racketeering case against the tobacco industry*. Washington: American Public Health Association, 2013.

Não é mera coincidência que a decisão da Corte de Apelação de Québec, tão densa e explícita nos seus fundamentos, assim como as dos outros tribunais estrangeiros aqui analisadas, encontrem similar no julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e na ação promovida pela AGU. É que, se os argumentos da indústria do tabaco são universalizados, os contra-argumentos também o serão. Há que se levar em conta, todavia, as peculiaridades do direito interno de cada país.

São justamente as diferenças do direito brasileiro para as dos países focados neste trabalho que estão agora em causa. São dois os pontos centrais: a legislação e a jurisprudência.

De um lado, a decisão de Québec foi facilitada pela lei de recuperação de despesas de saúde com o tratamento de doenças derivadas do uso do tabaco – anteriormente referida pela sigla LRDTSDRT –, que admite como prova donexo causal entre as doenças tabaco relacionados e o tabagismo dados epidemiológicos, tanto em ações coletivas – públicas ou privadas – quanto em ações individuais de indenização. Não temos no direito brasileiro lei com o mesmo teor. Por outro lado, a jurisprudência brasileira, especialmente a do Superior Tribunal de Justiça, rejeita a responsabilização civil da indústria do tabaco, principalmente por dois fundamentos. O primeiro é justamente a ausência de prova donexo causal entre o tabagismo e a doença do fumante; o segundo é o livre-arbítrio do fumante.

Quanto ao primeiro fundamento, firmam-se as decisões dos tribunais brasileiros no Código Civil, que requer prova de causa direta e imediata do dano, o que exigiria o que no julgamento de Québec foi identificado como uma prova citológica, ou seja, a certificação médica de que o paciente contraiu a doença que o acometeu diretamente do tabagismo. Essa prova é praticamente impossível de fazer, tendo em vista que as doenças são multifatoriais.⁵⁷ Assim, entra-se num beco sem saída: sabe-se que o tabaco provoca determinadas doenças, mas não há prova de que uma dessas doenças, em um caso particular, tenha sido causada pelo tabaco, ainda que seja certo o seu consumo pelo paciente. O resultado é que a vítima, segundo a ciência afirma, contraiu a doença do tabaco em alto nível de probabilidade, não alcança a indenização pretendida.

Ainda que a prova donexo causal fosse feita, a jurisprudência brasileira hesitaria em responsabilizar os fabricantes de cigarro porque entende que o fumante fuma

57. Segundo Martins et al, a medicina abandonou a teoria da unicausalidade nas patologias em geral. Prevalece agora o conceito de multicausalidade ou multifatorialidade, perante a evidência de que os fatores de risco interagem entre si. (MARTINS, Stella; GONÇALVES DE SOUSA, Márcio; ARAÚJO, Alberto José de. Tabagismo: evidências científicas e marcos jurídicos atuais da dependência à nicotina às doenças que incapacitam e matam. In: PASQUALOTTO, Adalberto; FACCHINI NETO, Eugênio; NUNES BARBOSA, Fernanda (Org.). *Direito e saúde: o caso do tabaco*. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 37.)

porque quer e não deixa de fumar porque não quer. É o argumento do livre-arbítrio, que encontra eco no Código de Defesa do Consumidor como culpa exclusiva da vítima.

O que se vê nas decisões estrangeiras aqui analisadas vai além de diferentes contextos legislativos. Inclui uma nova visão sobre a causalidade, que encontrou acolhida no acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Não é o que em outras épocas se poderia chamar de direito alternativo, na versão opositora que essa corrente de pensamento atraiu, entendida como um movimento político, sem sustentação objetiva. A atenuação dos rigores da causalidade, na versão dura da necessidade, já faz doutrina há muitos anos, no exterior e também no País (haja vista, por exemplo, a obra de Giselda Hironaka, para ficar apenas em uma referência) e é acolhida também no STJ em casos outros, como a responsabilidade pelo roubo de automóveis no estacionamento de *shopping centers* (quando o fato é praticado diretamente por terceiro) a contaminação hospitalar e o fortuito interno de que trata a Súmula 479. Em todas essas situações, ainda que utilizando argumentos distintos, o STJ faz a imputação da responsabilidade ao empreendedor da atividade econômica, mesmo que a causa do dano não esteja diretamente relacionada com a sua atividade. No caso do cigarro, não há qualquer dúvida sobre quem fabrica o produto e sobre a sua nocividade.

O julgamento de Québec versou sobre dois fatores decisivos: a causalidade e a ilicitude. O primeiro tópico fixou-se na causa epidemiológica, que é uma forma de sair do beco, porque é certamente injusto beneficiar invariavelmente a indústria que causa um dano certo – porque vende um produto tóxico e causador de dependência –, deixando a vítima sempre à própria mercê. No quesito da ilicitude, o julgamento de Québec imputou ao dolo da indústria do tabaco o engano a que submeteu durante muitos anos a população toda, em especial os fumantes, negando e maquiando a verdade tanto quanto pode. O que o direito legislado da província de Québec trata a título de atentado ilícito à vida, à dignidade e à segurança dos fumantes compromete o livre-arbítrio reconhecido na jurisprudência brasileira.

O julgamento da Argentina fez uma ponderação da prova, demonstrando em que circunstâncias concretas é possível ao julgador decidir por uma causalidade preponderante.

Os casos aqui examinados talvez possam contribuir para uma interpretação menos fechada e restritiva, mais consentânea com fatos atuais, do modo como o fez o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, do art. 403 do Código Civil de 2002, transposto sem alteração conceitual do vetusto Código Civil de 1916.

Em seu conjunto, as decisões dos três tribunais e a ação ressarcitória da Advocacia-Geral da União demonstram uma apreciável convergência de argumentos, levando a crer na possibilidade de que possa surgir uma nova tendência de responsabilização da indústria do tabaco pelos danos causados aos fumantes, seja no plano coletivo, seja no individual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BENJAMIN, Antonio H. Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antonio H.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça – Tabaco, tabagismo e meio ambiente: estratégias da indústria e dilemas da crítica*. Itajaí: Univale, 2002.
- DELFINO, Lúcio. Fumo e livre-arbitrio. In: PASQUALOTTO, Adalberto; FACCHINI NETO, Eugênio; BARBOSA, Fernanda Nunes. *Direito e saúde: o caso do tabaco*. Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- EUBANKS, Sharon Y.; GLANTZ, Stanton A. *Bad acts: the racketeering case against the tobacco industry*. Washington: American Public Health Association, 2013.
- HIRONAKA, Giselda. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- LOPEZ, Teresa Ancona (Org.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbitrio, responsabilidade e produto de risco inerente – O paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- MARTINS, Stella; GONÇALVES DE SOUSA, Márcio; ARAÚJO, Alberto José de. Tabagismo: evidências científicas e marcos jurídicos atuais da dependência à nicotina às doenças que incapacitam e matam. In: PASQUALOTTO, Adalberto; FACCHINI NETO, Eugênio; NUNES BARBOSA, Fernanda (Org.). *Direito e saúde: o caso do tabaco*. Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- MOLLENKAMP, Carrick; LEVY, Adam; MENN, Joseph; ROTHFEDER, Jeffrey. *The People vs. Big Tobacco*. Princeton: Bloomberg Press, 1998.
- PANTANI, Daniela; PINSKY, Ilana; MONTEIRO, Anna. *Publicidade de tabaco no ponto de venda*. São Paulo: Ed. do Autor, 2011.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- As ações indenizatórias movidas por fumantes contra empresas que produzem cigarros no direito comparado e brasileiro, de Luiz Guilherme Migliora, Felipe Bastos e Thomas Belitz França – RT 846/30-65 (DTR\2006\314);
- Indenização em caso difícil: a responsabilidade civil das empresas de tabaco no Brasil, de Ana Paula Atz e Leonel Severo Rocha – RDC 111/39-73 (DTR\2017\1594); e
- Violação do dever de boa-fé de informar corretamente, atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha. Nexo causal entre a falha/defeito de informação e defeito de qualidade nos produtos de tabaco e o dano final morte. Responsabilidade do fabricante do produto, direito a ressarcimento dos danos materiais e morais, sejam preventivos, reparatórios ou satisfatórios, de Claudia Lima Marques – RT 835/75-133 e *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor* 3/445-526 (DTR\2005\808).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo exclusivo Web: JRP\2015\234297.