

## O Cigarro contra legem

*Herez Santos*

### 1.0 INTRODUÇÃO

As transnacionais indústrias do tabaco mantiveram por muito tempo a sociedade desinformada a respeito dos riscos da exposição direta e indireta ao fumo. Entretanto, depois de tornados públicos os inúmeros documentos internos que as tabaqueiras trocavam entre si, viram-se confirmadas as mais de 60.000 pesquisas registradas pela Organização Mundial de Saúde sobre os danos causados pelo fumo. Ninguém mais põe em dúvida que o cigarro seja responsável pelo aparecimento de vários tipos de câncer, como o de pulmão, boca, bexiga e estômago. Por conta disso, inclusive, acabou a jurisprudência das cortes americanas se firmando em desfavor das tabageiras.

No Brasil, a literatura médico-científica associa o tabaco a diversos malefícios desde 1849, quando veio a lume o texto “*Breves reflexões higiênicas sobre o uso do tabaco*”, de Martinho Xavier Rabelo, disponível na Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro. Cita-se ainda, “*O fumo e seus efeitos no organismo humano*” (Joaquim Nogueira Paranaguá, 1914), “*O vício de fumar*” (Eugênio Jorge, 1936), “*Tabagismo*” (Inácio Lopes, 1942), “*O fumo*” (Francisco de Fuccio, 1953), “*Os escravos do século*” (Edgard Berger e Oldemar Beskoe, 1964).

E é o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor que dita serem impróprios para o consumo, dentre outros, os produtos nocivos à vida ou à saúde.

As fontes das regras de experiência, por sua vez, apesar de variadas, algumas delas, a despeito de incorporadas à sabedoria popular, têm base científica, como, v.g., a de que onde existem águas estagnadas proliferam mosquitos, ou a de que é de nove meses o período de gestação do ser humano, ou, ainda, a de que o cigarro faz mal à saúde.

A despeito de tudo isso, entretanto, o que ainda se faz certo é que, diferentemente do que ocorre em outras plagas, por aqui as ações promovidas por fumantes ou seus familiares em face das fumageiras, na sua maioria, estão sendo julgadas em desfavor dos peticionantes.

Mas o fato é que o desato das demandas envolvendo pretensões indenizatórias decorrentes de danos tidos como provocados pelo fumo exige dos envolvidos no drama processual instalado amplos conhecimentos a respeito das disceptações trazidas a juízo.

É sabido por alguns, a exemplo, que o cigarro contém partículas radioativas que seriam as responsáveis pelas doenças, como certos tipos de câncer de que os fumantes tendem a ser vítimas. Ocorre que os fumantes brasileiros podem estar submetidos a riscos maiores do que os viciados de outros países, segundo reportagem editada pela revista Superinteressante ([http://super.abril.com.br/superarquivo/1988/conteudo\\_111275.shtml](http://super.abril.com.br/superarquivo/1988/conteudo_111275.shtml)). O físico nuclear João Arruda Neto, da Universidade de São Paulo, diz o artigo da revista, em pesquisa original, constatou que pelo menos algumas marcas de cigarros vendidas no Brasil contêm duas vezes mais o elemento radioativo urânio do que marcas vendidas no exterior. O motivo, conclui a reportagem, estaria nos solos do norte de Minas e sul da Bahia, ricos em urânio e tório, que abrigam extensas plantações de fumo. Ora, queda fora de dúvida que seria esta razão bastante para, inclusive, se aplicar a teoria do risco integral na apuração de responsabilidades (Lei nº 6.453/1977, art. 1º, VII e VIII).

Sem argüir pioneirismo, e não se pretendendo fazer exaurido o assunto, o presente escrito propõe-se a desvelar sob o enfoque jurígeno, principalmente, síntese a mais abrangente possível a respeito das questões contrapostas relativas ao fumo.

## **2.0 NÓTULAS PRÉVIAS**

### **2.1 Humanismo.**

Protágoras mesmo já dizia que o homem é a medida de todas as coisas.

Na concepção filosófica do humanismo a pessoa humana é a razão de ser da ciência, aí incluída a ciência do Direito, devendo situar-se como centro de toda reflexão. Aliás, o Direito não se justifica se não estiver à disposição da pessoa humana.

Nesse passo, pertinente dizer, repetindo os doutos, que o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência no mundo. Trata-se de um valor supremo da democracia, garantido pela força normativa da Constituição.

No que, a saúde, direito de todos e dever do Estado, integra os direitos sociais, cujo descumprimento gera responsabilização, eis que esta, como direito inerente ao valor supremo da dignidade humana, compõe a ordem pública.

### **2.2 Responsabilidade civil.**

Na seara da responsabilidade civil, abalizada doutrina não hesita em afirmar que o áureo princípio do *neminem laedere* permanece íntegro.

Ao dizer Josserand que no seu sentido mais amplo a responsabilidade civil qualifica como responsável o causador do dano a si mesmo, o que vem aquele reconhecido civilista confirmar é que responsável é quem quer que, não importa, cause dano.

Nesse sentido, a abonar o que veio expressar aquele jurista francês está Aguiar Dias, para quem a responsabilidade civil emerge do simples fato do prejuízo.

E relativo ao dano, é Alvaro Lima quem ressalta com peculiar proficiência que se faz preciso a este vencer, lançando mão de todos os meios preventivos e reparatórios sugeridos pela experiência, porque o dano se faz fator de desperdício e insegurança.

Em complemento àqueles anteriores dizeres proferidos com sabença por seus respectivos autores, vale ainda lembrar, por pertinente, o que afirmou Sólôn desde sua era, quer seja, “que a cidade realmente civilizada é aquela em que todos os cidadãos sentem a injúria feita a um só e em que todos exigem sua reparação”.

### **3.0 O CIGARRO**

#### **3.1 Aspectos Físico-Químicos**

A fumaça do cigarro é uma mistura contendo aproximadamente 4.720 substâncias tóxicas diferentes, constituindo-se de duas fases fundamentais, a saber: a fase particulada, que é composta de nicotina e alcatrão, e, a fase gasosa, que é composta, entre outros elementos, por monóxido de carbono, amônia, cetonas, formaldeído, acetaldeído, acroleína.

A fórmula molecular da nicotina, C<sub>10</sub> H<sub>14</sub> N<sub>2</sub>, data de 1843, sendo que a primeira síntese em laboratório ocorreu em 1904. No entanto, desde 1690, na França, a nicotina já era conhecida e era usada como inseticida na agricultura (inseticida de contato, de ingestão e fumigante).

A nicotina é considerada pela Organização Mundial da Saúde/OMS uma droga psicoativa e capaz, portanto, de causar dependência. Por esta razão o tabagismo é classificado como doença e vem inserida no Código Internacional de Doenças (CID-10) no grupo de transtornos mentais e de comportamento.

Além disso, a nicotina, por conta de gerar o aumento da liberação de catecolaminas, causa vasoconstrição, acelerando a frequência cardíaca, dando azo à hipertensão arterial e provocando assim uma maior adesividade plaquetária. Ela e o monóxido de carbono juntos provocam diversas doenças cardiovasculares, além ainda de estimular no aparelho gastrointestinal o aumento da produção de ácido clorídrico, o que pode redundar no surgimento de úlcera gástrica. Ela desencadeia também a liberação de substâncias quimiotóxicas no pulmão, que estimulará o processo de destruição da elastina, provocando o enfisema pulmonar.

O alcatrão, por seu turno, é todo produto da queima de um composto natural. Ele não é uma substância em si mesmo. Ao se queimar, v.g., um pé de couve, ao final o que se obterá é uma espécie de alcatrão. Já o alcatrão formado a partir da combustão dos derivados do tabaco é um composto com mais de 40 substâncias comprovadamente cancerígenas, tais como, o arsênio, o níquel, o benzopireno, o cádmio, resíduos de agrotóxicos, além de

substâncias radioativas. Ele se gruda nas paredes do pulmão em sua maior parte, mas uma pequena quantidade entra na circulação e faz um passeio destruidor pelo organismo.

Os expertos informam que na engenharia do cigarro os fabricantes controlam uma ampla gama de fatores, quais sejam: manter o cigarro aceso entre as baforadas, reduzir o desperdício de tabaco, alterar o sabor do fumo e controlar as quantidades de substâncias, tais como, o alcatrão e nicotina. Com estes propósitos, os fabricantes de petume costumam adicionar fosfatos ao papel do cigarro para garantir uma queima constante, além de adicionarem aditivos, tais como, açúcares, xaropes, licores, bálsamos, extratos de frutas, óleos mentolados, coca, substâncias aromáticas. Aditivos sintéticos também são utilizados para controlar o sabor, além do próprio tipo de tabaco e dos processos de curtição. Uma grande variedade de outras substâncias é ainda adicionada nas múltiplas etapas de processamento.

Em face do fato do cigarro conter açúcares como aditivos, tem-se como natural conclusão que por conta da omissão da indústria tabaqueira em informar conveniente e ostensivamente essa particularidade ao público em geral, ao ofertar cigarro a todos indiscriminadamente, está ela permitindo que os desavisados diabéticos fumantes joguem aqueles açúcares na corrente sanguínea, o que infringe a norma protetora dos que se fazem detentores de tal enfermidade.

Pesquisa realizada no Canadá sobre a manipulação química do cigarro pelas indústrias brasileiras confirmou a suspeita da presença de amônia. A amônia, ao tempo em que reduz a acidez do fumo tornando-o mais alcalino, provoca também uma maior entrega de nicotina ao organismo do fumante. Essa quantidade a mais de nicotina entregue por ação da amônia faz aumentar de duas a três vezes a dependência do tabagista. E a inserção da amônia no cigarro, esclareça-se, se deu exatamente com o fito das tabaqueiras compensarem a redução dos teores de alcatrão e nicotina determinada antes pelas autoridades de saúde.

As marcas de cigarro mais consumidas até então pelos brasileiros, portanto, continham altas doses de amônia. No Canadá, país onde se deu a pesquisa da adição de amônia nos cigarros brasileiros, a gramagem desse elemento químico no cigarro é de 8,9 a 9,8 milionésimos de grama, enquanto aqui, no Brasil, a quantidade varia de 13,2 a 15 milionésimos de grama.

Então, como se sustentar que o consumidor é “livre” para fazer o que quiser, tal como argumentado pela indústria do fumo, se ela própria, a indústria, aumentou a quantidade de nicotina entregue ao organismo através da inserção da amônia, visando exatamente a fidelização ad eternum do fumante?

### **3.2 Aspectos Biológico-Patológicos**

Em 1962, o Royal College of Physicians, entidade médica inglesa, divulgou um documento estabelecendo relação de causa e efeito entre o cigarro e o câncer de pulmão. Em 1964 o Ministério da Saúde dos Estados Unidos trouxe a público um relatório de trezentas e oitenta e sete páginas, reconhecendo esse mesmo fato.

Segundo a Organização Mundial de Saúde - OMS, os fumantes têm sua expectativa de vida reduzida de 10 a 15 anos. Como se não bastasse viver menos, o fumante adquire ainda uma taxa de envelhecimento acelerada. A pele, o coração, o pulmão, o cérebro e as artérias dos tabagistas apresentam graus de degeneração, enrijecimento e aterosclerose (quando há depósito de gorduras nas grandes artérias, chamadas de ateromas) mais acentuados do que as pessoas não-fumantes da mesma idade. Além disso, o tabaco causa cinquenta tipos de doenças, tais como, aneurisma arterial, úlcera do aparelho digestivo, infecções respiratórias, trombose vascular, impotência sexual no homem. Na mulher, o cigarro ainda pode causar complicações na gravidez, risco maior de infertilidade, câncer de colo de útero, menopausa precoce e dismenorréia.

As doenças cardiovasculares (infarto, angina), o câncer e as doenças respiratórias obstrutivas crônicas (enfisema e bronquite) são freqüentes entre os fumantes. A ação danosa do cigarro sobre o organismo é prolongada. São necessários quinze anos para que um ex-fumante volte ao patamar de risco de doenças cardiovasculares de um não-fumante. Isso mesmo: quinze anos. Por esta razão, os médicos acreditam que largar o vício deve ser encarado pelos adeptos do fumo como uma medida urgente de sobrevivência.

Comercializa-se um vício.

Conforme advertência divulgada em 2005 pelo Instituto Nacional do Câncer – INCA na Internet ([www.inca.gov.br](http://www.inca.gov.br)), os percentuais de morte oriunda das doenças causadas pelo tabagismo são os seguintes: 25% das mortes causadas por doença coronariana - angina e infarto do miocárdio; 45% das mortes causadas por doença coronariana na faixa etária abaixo dos 60 anos; 45% das mortes por infarto agudo do miocárdio na faixa etária abaixo de 65 anos; 85% das mortes causadas por bronquite e enfisema; 90% dos casos de câncer no pulmão (entre os 10% restantes, 1/3 é de fumantes passivos); 30% das mortes decorrentes de outros tipos de câncer (de boca, laringe, faringe, esôfago, pâncreas, rim, bexiga e colo de útero); 25% das doenças vasculares (entre elas, derrame cerebral).

John Huston, Gary Cooper, John Wayne, Robert Mitchum, Vincent Price, Bette Davis, Walt Disney, Steve Mc Queen, Spencer Tracy, Clark Gable, Boris Karloff, Buster Keaton, Groucho Marx, Lee Marvin, Sammy Davis Jr., Errol Flynn, Yul Brinner, Bob Fosse, Lana Turner e Melina Mercouri, morreram todos de doenças diretamente ligadas ao tabagismo. O cigarro, em verdade, deveria ter ganhado o Oscar de ator coadjuvante, por exemplo, em Casablanca, vez que em quase todas as cenas lá estava ele contracenando com Humphrey Bogart.

Importante marco histórico representativo do reconhecimento do tabaco como problema social é o tratado internacional denominado Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco. Referido tratado foi adotado durante a 56ª Assembléia Mundial de Saúde, realizada em maio de 2003, por **192** Estados Membros.

O projeto de lei nº 513, de 1999 (Apensos os Projetos de Lei no 708, de 1999, no 798, de 1999, e nº 3.129, de 2000) tramitando no Congresso Nacional, por sua vez, institui o ressarcimento obrigatório aos estabelecimentos públicos de saúde, pelas indústrias de

cigarros e derivados do tabaco, das despesas com o tratamento de pacientes portadores de doenças provocadas ou agravadas pelo fumo e seus derivados.

#### **4.0 O ENFOQUE JURÍGENO**

##### **4.1 Atividade lícita**

A primeira de todas as regras é aquela que estatui não existir direito subjetivo de lesar.

Na preciosa lição que nos legou o douto Miguel Reale, faz este observar-se que “hodiernamente há progressivas exceções ao princípio de fonte romana que estabelece que quem faz uso de seu direito não causa dano a ninguém (qui iure suo uititur alterum non laedere), ora predomina a obrigatoriedade de ressarcimento, segundo o princípio geral do Direito que também remonta a fontes clássicas, e que estabelece que não se deve causar dano a ninguém (alterum non laedere)”.

Como bem disse o Desembargador Dr. Coelho Braga, “para que haja responsabilização civil, a conduta não precisa ser necessariamente ilícita, deve ser uma conduta que causa dano a outrem; o que está em jogo não é a natureza jurídica da conduta das empresas fabricantes de cigarro, mas sim os danos causados por essa conduta, seja ela lícita ou não”.

No caso do fumante ser acometido por qualquer daquelas doenças tabaco-relacionadas a que todos sabem que o cigarro dá causa, sob o enfoque jurídico restará caracterizado “fato do produto”. A responsabilidade in casu é objetiva e, portanto, independe esta da licitude ou ilicitude da atividade, conforme previsto na ordem jurídica nacional, mais precisamente no Código de Defesa do Consumidor (art.12) e no novo diploma civil (art. 931, que não exclui sequer os riscos do desenvolvimento).

Nesse mesmo alinhamento, válido ainda afirmar que, dado os fundamentos da responsabilidade civil, não há como ficar incólume uma atividade lícita produtora de resultado ilícito. Até porque, segundo previsão do art. 187 da lei civil ora em vigor, comete ato ilícito o titular de um direito que ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. O abuso de direito, sabe-se, é aferível objetivamente, prescindindo do dolo ou culpa, existindo este ainda que não se tenha verificado dano. Longe, portanto, de se querer alegar configurada a excludente do exercício regular de direito, vez que, se tanto, eliminaria tão só a ilicitude, e, por isso mesmo, relevante apenas em sede de responsabilidade subjetiva, que não é o caso em se tratando de tabaco e derivados.

Por último, traz-se a lume, entre tudo, o princípio informado pelos arts. 1.251, 1.289 e 1.293, todos do novel Código Civil, segundo o qual o exercício de certos direitos deve implicar o dever de reparar o prejuízo que originar.

Em nada altera, pois, o deslinde da questão a licitude da atividade. A prevalecer tal raciocínio simplista, todas as consequências ilícitas de atos, a priori, lícitos estariam imunes às regras da responsabilidade civil.

Portanto, se o exercício de atividade lícita compromete direito, passa a interessar à teoria do risco, sobretudo se violada a dignidade da pessoa humana. Daí atribuir-se menor importância ao fato da atividade da qual decorreu o dano ser enquadrada como lícita.

Não encontra mesmo eco na ordem jurídica, pois, o esvaziado argumento de que a produção, distribuição e venda de fumo e derivados, por ser uma atividade lícita e regulada não deve ser responsabilizada, denegando-se assim direito ao fumante ou parentes destes de se verem galardoados por conta do dano a que o fumo deu causa.

No contexto, maior peso assume o direito e a garantia fundamental à saúde e à qualidade de vida, constitucionalmente assegurados, por certo.

#### **4.2 Periculosidade inerente**

Periculosidade inerente, também chamada de periculosidade latente, é aquela inata ao produto ou serviço que faz, este ou aquele, necessário à fruição. Eliminá-la pode representar a própria supressão de toda utilidade do produto ou serviço. Isto porque, a virtude do produto ou serviço decorre justamente de sua inafastável periculosidade, conforme vem dito nos comentários ao Código de Defesa do Consumidor Comentado que fazem os autores do anteprojeto.

Diz o art. 8º do Código de Defesa do Consumidor que “os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito”.

Vê-se assim que é plenamente possível comercializar objetos cortantes como facas, que apesar de colocar em risco o consumidor com seu uso, este risco é plenamente previsível e, inclusive, por assim dizer, desejável. Também se pode comercializar produtos tóxicos ao ser humano, mas que possuam qualidades desinfetantes para limpeza de ambientes, etc.

Destarte, em primeiro lugar, mister esclarecer que os riscos inerentes ao consumo de cigarro não são considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição - art. 8º da Lei nº 8.078/90. E isto porque, segundo deflui da inteligência do referido artigo, a periculosidade inerente é admitida sob condição de que o produto, de alguma forma, assegure algum proveito a quem dele se utilize. Ora, ninguém fuma para desfrutar no futuro de médio-longo prazo, só para citar, um câncer no pulmão ou uma diminuição do desejo sexual.

Demais, tanto o conjunto de substâncias componentes do cigarro como o conjunto de doenças que estas ensejam ainda se fazem desconhecidos do consumidor médio. Neste sentido, basta lembrar que a maior parcela de tabagistas do País iniciou-se no vício enquanto infante, na adolescência, ou, ainda, que o maior consumo de cigarros ocorre, segundo dados estatísticos, nas classes de menor nível de conhecimento, e, portanto, mais desavisada que as demais classes sociais.

Além do que, a indústria do fumo, deve-se dizer, não apresentou ao público, ao menos até o momento, um único parecer, relatório ou estudo que comprove que as substâncias do cigarro, e aí incluída a nicotina, fazem bem à saúde ou são, no máximo, substâncias neutras ao organismo. Destarte, se não há qualquer benefício conhecido que possa ser atribuído ao cigarro e demais produtos derivados do tabaco, qualquer publicidade voltada a estes terá sido, inclusive, enganosa, sem dúvidas.

Resta rechaçada, pois, por tudo, a tese de que o cigarro seja um produto ao qual se possa atribuir o qualificativo “periculosidade inerente”.

### **4.3 Conhecimento dos riscos**

Por conta da divulgação dos milhares de documentos da indústria de tabaco, restou certo que desde a década de 1950 a indústria tabaqueira como um todo já conhecia os males que o consumo do fumo causa aos seres humanos. Mas os fabricantes de cigarro, entretanto, sempre negaram publicamente a mortal periculosidade do fumo. Os fumantes, destarte, foram feitos, e até hoje permanecem, vítimas de um tipo de desvio de pensamento conhecido como falácia, que é um argumento falso, ou uma falha num argumento, ou ainda, um argumento mal direcionado ou conduzido.

No Brasil, país de contrastes, com miseráveis e analfabetos, famoso pelo descaso estatal com seus cidadãos, a maioria absoluta das pessoas, de fato, não detém conhecimento bastante a cerca dos males que o cigarro dá causa. Esta é, entre outras, uma das razões pelas quais se afirma que o fumante não teria de sã consciência optado pelo fumo. O tabagista foi, isto sim, induzido ao VÍCIO.

Estatísticas têm demonstrado que no Brasil há um menor consumo de cigarros nas classes de maior rendimento familiar per capita. Segundo dados do Ministério da Saúde, o maior consumo de cigarros está na base da pirâmide econômica. Assim sendo, pode-se mesmo pregar sem erronia que a população brasileira, em grande maioria pobre e de pouca instrução, não consegue mesmo avaliar convenientemente os riscos a que estão se expondo caso se deixem levar ao VÍCIO do fumo, à dependência da nicotina.

Mas ainda assim insiste-se em se empregar a falácia de sempre, segundo a qual o fumante sabe o que faz. Tenta-se impingir a culpa pelos malefícios decorrentes do fumo ao consumidor, como se não tivesse sofrido ele a influencia das milionárias campanhas publicitárias voltadas à utilização de formas e meios de convencimento, induzindo-o desse modo a incorrer em erros de avaliação e, conseqüentemente, viciando sua vontade. Haverá algo mais irresponsável do que causar males à saúde das pessoas e, depois, eximir-se dizendo que a culpa é delas? Acaso é certo que uma empresa socialmente responsável se



empenhe em desmoralizar um consumidor fiel que está morrendo por usar os seus produtos?

Pelo fato das doenças tabaco-relacionadas se manifestarem no médio-longo prazo, os riscos potenciais decorrentes do fumo acabam mascarados. Como bem coloca o sempre lembrado Professor Lúcio Delfino, “isso sugestiona as pessoas a acreditarem que o cigarro não interfere na saúde ou, ainda, que apenas alguns fumantes são acometidos por doenças relacionadas ao tabagismo, o que, obviamente, não corresponde à verdade”.

Em outra trilha, deve-se dizer que não fosse a iniciativa governamental de derramar as imagens dos males causados pelo fumo, sem dúvidas que a população em geral, e mesmo aqueles mais instruídos, sequer imaginariam que o cigarro contém, por exemplo, elementos radioativos, veneno para rato e todas aquelas 4.720 substâncias químicas.

Mas ser ou não do conhecimento de todos os males que o cigarro provoca, parece importar pouco, vez que a ordem jurídica, a um tempo, através da Lei nº 8.078/90, assegura que o fornecedor responde por vício (termo este aqui considerado como imperfeição de qualidade ou quantidade capaz, inclusive, de atingir a própria segurança do consumidor) quer oculto quer aparente, indiferentemente, e, em outro, através do Código Civil de 2002, que assenta haver obrigação de reparar o dano quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Por certo. Assim como ocorre com a companhia de aviação que avisa que aviões podem cair, mas nem por isso fica ela livre de responsabilidade se este fato vier a ocorrer, também a companhia de fumo não pode se eximir se o dano aparecer, ainda que o consumidor dele se saber sujeito.

Assim, pois, o conhecimento do vício por parte do consumidor não modifica a responsabilidade do fornecedor. Neste sentido, porque pertinente, relembra-se estar a responsabilidade pelo fato do produto, além do mais, embasada no dever de segurança a que se obriga o fornecedor. Ao exercer sua atividade tem ele de fazê-lo sem acarretar danos à vida, à saúde ou a outros direitos extrapatrimoniais do consumidor, sob pena de responder pela reparação do prejuízo oriundo do acidente de consumo.

Na opinião sempre valiosa do Professor Lucio Delfino, “mesmo admitindo-se que a sociedade, globalmente considerada, realmente saiba, de maneira genérica e sem maiores detalhamentos, sobre os malefícios que o consumo de tabaco causa à saúde, tal realidade não seria nem de longe suficiente para desobrigar a indústria do tabaco de cumprir seu dever de informar – dever esse robustamente reforçado depois da publicação do Código de Defesa do Consumidor. Também não bastaria para se imputar ao fumante a responsabilidade exclusiva para o seu mal. E isso porque o raciocínio que conduziu a essa tese desconsiderou premissas essenciais, sendo formulado de maneira absolutamente isolada, situação a lhe conferir o mais alto descrédito”.

#### **4.4 Obrigação de informar**

Como antecomeço, protesta-se por dizer que o sistema constitucional brasileiro não admite uma livre iniciativa qualquer, mas apenas aquela livre iniciativa fundada em valores

sociais. Logo, percebe-se que ao contrário do que pensam alguns muitos, a iniciativa não deve ser livre a ponto de quedar-se ao gosto deles. Ora, não é demais lembrar que o que legitima e permite a atividade empreendedora com vista ao lucro é o benefício social que resulta da geração de empregos, arrecadação de tributos e abastecimento do mercado com o fornecimento de bens e serviços úteis e/ou necessários, jamais a utilização abusiva do poder econômico e o abuso de direito privatizador de lucros e socializador de danos ou prejuízos. O único benefício gerado pela indústria do tabaco, levados em conta os males à saúde e os gastos do poder público em decorrência dos efeitos maléficis do cigarro, e, entre estes, as aposentadorias precoces de indivíduos em plena capacidade laboral, é o alto lucro que a indústria remete às holdings, nada mais.

Em prosseguindo, menção deve ser feita ao fato de que o dever de informar caracteriza-se como dever de bem informar o público consumidor sobre todas as características importantes dos produtos e serviços disponibilizados, para que se os possa adquirir ou contratar sabendo exatamente o que se poderá esperar deles. O intuito é não viciar a liberdade de escolha da parte hipossuficiente.

Verifica-se assim, de plano, que a informação como dever do fabricante há de se dar de duas formas e a um só tempo. A primeira forma se reduz à mera informação sobre a utilização do produto. Já a segunda, diz esta respeito à advertência que se faz mandatória em relação a perigos à integridade física do consumidor. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, a idéia de informação necessária, adequada e apropriada implica em dizer que a informação deve ser realizada no idioma nacional, de forma compreensível ao público a que se destina, contendo descrições que possam ser compreendidas pelo homem dotado de conhecimento comum, e não apenas pelo especialista em determinado ramo do conhecimento, como, por exemplo, o médico.

Notório, entretanto, que as empresas do fumo nunca tiveram mesmo a intenção de informar sobre os males que o tabaco efetivamente causa à saúde do fumante. E isso, óbvio, por uma questão muito simples: se o fizesse ninguém se permitiria adquirir para consumo produto com tamanha capacidade de produzir danos irreparáveis a médio-longo prazo à saúde.

Ocorre que, conforme pontua com proficiência o Professor Lúcio Delfino em artigo disponível na Internet, locus de domínio público, “um dos sustentáculos mestres do ordenamento jurídico – e isso não só hodiernamente – é representado pelo princípio da boa-fé objetiva, uma norma de conduta que impõe aos participantes do tráfego negocial uma atuação pautada pela colaboração intersubjetiva, pela lealdade, correção e consideração aos interesses do alter”.

Razão cabe àquele jurista, por certo, eis que a boa-fé não foi inventada pelo Código de Defesa do Consumidor. A boa-fé desde sempre integrou os princípios gerais de direito. O princípio da boa-fé regula não apenas o pacto contratual adrede invocado, mas ainda o reconhecimento desses deveres secundários, aqueles não diretamente pactuados, derivados mediatamente do princípio, independentemente da vontade manifestada pelas partes, a serem observados durante a fase de formação e de cumprimento da obrigação. São deveres que excedem o dever de prestação. Assim são os deveres laterais de esclarecimento

(informações sobre o uso do bem alienado, capacitações e limites), de proteção (evitar situações de perigo), de conservação (coisa recebida para experiência), de lealdade (não exigir o cumprimento de contrato com insuportável perda de equivalência entre as prestações), de cooperação (prática dos atos necessários à realização dos fins plenos visados pela outra parte), dentre outros.

Mas não é só. Diversos são os diplomas que tratavam e tratam do dever de informar. No que segue, deles se faz menção em lista não exaustiva.

Lei nº 4.680 DE 18/06/1965 - DOU 21/06/1965, que dispõe sobre o Exercício da Profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e dá outras providências (art. 17) - desde 1957 já havia um “Código de Ética dos Profissionais da Propaganda”, o que provavelmente, no mínimo, preservava a ética, como o próprio nome diz, na publicidade, aí implícito, pois, o dever de informar.

Decreto nº 690 de 01/02/1966 - DOU 10/02/1966, que aprovou o Regulamento para a Execução da Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965 (arts. 1º, 2º, e 17). Restou estabelecido que (i) não é permitido: a) publicar textos ou ilustrações que atentem contra a ordem pública, a moral e os bons costumes, (ii) sendo dever: a) fazer divulgar, somente acontecimentos verídicos e qualidades ou testemunhos comprovados; c) elaborar a matéria de propaganda sem qualquer alteração, gráfica ou literária, dos pormenores do produto, serviço ou mercadoria.

Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária (arts. 1º, 2º, 3º e 5º). Estabeleceu entre tudo que todo anúncio deve ser respeitador e conformar-se às leis do país, deve ser honesto e verdadeiro; deve ser preparado com o devido senso de responsabilidade social; deve ter presente a responsabilidade do Anunciante, da Agência de Publicidade e do Veículo de Divulgação junto ao Consumidor; nenhum anúncio deve denegrir a atividade publicitária ou desmerecer a confiança do público nos serviços que a publicidade presta à economia como um todo e ao público em particular.

O anexo “J” do CONAR, de sua feita, é especificamente voltado à publicidade do fumo. Preceitua que, “no anúncio de produtos de fumo: (1) Não se sugerirá que os produtos transfiram ou proporcionem ao Consumidor qualquer potência ou força anormal”. ... (4). Não se fará qualquer apelo dirigido a menores. (5). Nenhum anúncio deve ser inserido em qualquer Veículo dirigido basicamente a menores de idade.

Do exposto, se conclui que, ao contrário do que vem por aí sendo sustentado, mesmo antes da promulgação do CDC a publicidade já era regulada, proibindo, pelos valores legais (boa-fé) e éticos presentes no seio da sociedade e na ordem jurídica, a publicidade enganosa, ainda que por omissão.

Desde aquele momento de passado longínquo, quando a indústria do fumo por meio de pesquisas – a exemplo da que se promoveu por esfregaço de nicotina em pele de ratos vivos -, constatou que o fumo causa câncer e diversos males à saúde, tinham as tabaqueiras, sem dúvidas, o DEVER DE INFORMAR aos fumantes sobre tais malefícios.

Argumentar que os regulamentos do setor a quem cabe fiscalizar a atividade são observados na íntegra não basta por si só, eis que estes não têm o condão de afastar o alcance do CDC, norma de ordem pública.

E para mais ainda dizer, porque ávidos por lucros, os fabricantes de petume omitiram deliberadamente os fatores prejudiciais à saúde aos seus consumidores feitos nicotino-dependentes. Este agir se subsume, não restam dúvidas, na teoria civilista do abuso de direito.

Segundo entoa Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin, em verdade, uma análise atenta revela que, sem exagero, quase todos os tipos penais do CDC estão relacionados, sob os mais variados ângulos, com o tema da informação do consumidor. É assim com os delitos de oferta não-publicitária enganosa (art. 66), de oferta publicitária enganosa (art. 67), de oferta publicitária abusiva (arts. 67 e 68), de cobrança irregular de dívidas (art. 71), de perturbação do acesso do consumidor aos arquivos de consumo (art. 72) e de não entrega de termo de garantia adequadamente preenchido (art. 74).

#### **4.5 Publicidade enganosa**

Cabe ressaltar, ante do mais, que a ordem jurídica nacional prevê que o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina (art. 38 do CDC).

No que se prossegue, deve-se mais dizer que, pela mesma razão que se admite a aplicação do CDC ao fato do produto decorrente do cigarro, também o mesmo diploma é aplicado à publicidade abusiva e enganosa promovida pelas indústrias do fumo. O que isto vem significar é que, se uma pessoa começou a fumar antes da vigência da lei consumerista, por força, entre tudo, da insidiosa publicidade do cigarro, e o dano por ela suportado veio ocorrer depois da entrada em vigor do referido Código, em março de 1991, poderá, então, o caso concreto ser submetido aos preceitos da lei consumerista.

Não é por demais afirmar que, em se tratando de informação publicitária, que é parcial por natureza, a imparcialidade deve estar presente nas informações sobre a qualidade do produto, especialmente quando seu uso puder ser nocivo à saúde.

Entende-se que há publicidade abusiva, nos termos do artigo 37, parágrafo 2º, parte final do CDC, quando seja esta capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. O cigarro é o único produto consumido que mata se for usado exatamente como indicado pelo fabricante. Resta evidente, portanto, que a publicidade do cigarro se enquadra no conceito de publicidade abusiva, a qual ocorre quando vem realizada com fins contrários à ordem pública, ao direito e à moral. Esta se diferencia da publicidade enganosa que ocorre quando o fornecedor induz o consumidor ao erro, ou seja, quando o fornecedor apresenta um produto ou serviço com qualidades que não possui.

Enganosa, por certo, é, portanto, a publicidade que gera na pessoa uma perspectiva diferente daquela que é própria do produto que compra. No pretérito, por exemplo, eram

mostrados a todos aqueles caubóis maravilhosos, hoje mortos precocemente por câncer no pulmão. E se diga que tampouco o cigarro traz “sucesso”, traz “beleza”, traz “dinheiro”, porque na verdade não traz nada disso. Mas é exatamente essa adulação astuciosa que a publicidade da indústria vende.

Na verdade, os produtos derivados do fumo não são apenas objetos de publicidade; não são eles simplesmente levados ao mercado e anunciados. São, isto sim, transformados em símbolos, status de uma sociedade ávida por auto-afirmação. A publicidade liga-os à “juventude”, à “força”, à “beleza”, ao “sucesso pessoal”, às “vitórias esportivas” e ao que mais surja de valoroso ao ego dos desavisados. É, na realidade, portanto, mais que publicidade; é propaganda, naquele sentido próprio de venda de uma idéia, em vez de simplesmente promoção de um produto. A mensagem subliminar consiste, exatamente, sabe-se, em estabelecer na mente do consumidor uma ligação automática entre o produto e o status que este deseja possuir, ainda que inalcançável. Até porque, além de nocivos, os derivados do fumo são produtos desnecessários, já que todos podem passar a vida sem eles. Para tanto, bastaria que jamais houvesse qualquer contato com aqueles produtos. A venda de uma idéia, um fetiche, e, enfim, a propaganda do cigarro, é que, entretanto, torna isso impossível na prática.

Por outro lado, claro que, se não viciada a vontade por conta das publicidades enganosas, cada um, segundo critério pessoal, irá aderir ou não, ao fumo. Mas, além de tudo, a pauta da discussão gira em torno do direito que tem o consumidor de conhecer o produto a ser consumido, seus componentes químicos, seu responsável técnico.

E mais. Uma vez o indivíduo feito dependente, a decisão de abandonar o fumo, que também deve ser livre, sem dúvidas que restará tremendamente dificultada.

O fato indubitável, diga-se, é que, como produto consumido no país, o cigarro está, entre o mais, sujeito às regras do Código de Defesa do Consumidor, lei própria. Assim, os fabricantes e fornecedores de produtos potencialmente nocivos à saúde ou segurança devem, portanto, segundo determina aquele diploma consumerista, informar de maneira ostensiva e adequada os consumidores a respeito da nocividade ou periculosidade do que fabricam, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto, respondendo pelos danos que causarem (artigos 7º, 9º, 12º, todos do CDC). Vale dizer no mais, que tanto o termo “ostensivo” como o termo “adequado” contidos na lei implica, ambos, na exigência de se fornecer informações corretas, claras, precisas e em língua portuguesa sobre características, qualidades, quantidade, composição, origem, entre outros dados, bem como os riscos que este produto apresenta à saúde e segurança dos consumidores.

Pelo fato de que até mesmo substâncias radioativas tais como o “rádio 226 e 228”, só para citar, desconhecidas da maioria absoluta das pessoas, são entregues ao organismo do fumante, pergunta-se: alguém em sã consciência poderia sustentar que os fumantes são efetivamente informados tal como exigido pelo CDC?

“A estratégia adotada pela indústria do fumo não se limitou à omissão das informações que detinha acerca dos malefícios do fumo à saúde e sobre a qualidade

psicotrópica da nicotina”, aduz o Professor Lúcio Delfino em um de seus vários escritos encontrados na Internet.

Assim é que, no Brasil e em todo o mundo, fez a indústria uso de massiva publicidade insidiosa, no afã de enaltecer os perigosos produtos que fabrica, tendo como alvos, principalmente, crianças e adolescentes, indivíduos mais propensos a experimentarem cigarros e deles se tornarem dependentes. Valeu-se, ainda, de manobras voltadas a desacreditar estudos e dados científicos sérios, esses que jungiam o consumo de cigarros a várias enfermidades. Contratou atores cinematográficos, esportistas e outras celebridades para que divulgassem seus produtos.

Por tudo, revela-se o fator vulnerabilidade, existente em qualquer relação de consumo, muito mais presente quando se trata de cigarro. Indiscutível!

Além do que, a veiculação publicitária do cigarro, produto que mata mesmo se utilizado como determina o anunciante, se mostra mesmo paradoxal e logicamente alarmante. Ainda mais se feita insidiosa nos moldes de antes, em pretérito ainda recente.

Apesar de no Brasil a Portaria nº 490 editada pela União Federal em 1988 confirmar que fumar é prejudicial à saúde, em nenhum momento, entretanto, as companhias de tabaco justificaram o seu silêncio de tantos anos a respeito deste fato.

A falta de transparência e de lealdade demonstrado pelas tabageiras confirma o fato do consumidor ter sido mantido enganado por décadas, quiçá séculos.

Observe-se que, tendo a indústria pleno conhecimento dos malefícios à saúde de fumantes e não-fumantes, permitiu conscientemente que o risco de doenças fosse criado no seio social, nada fazendo para, ao menos, mitigá-lo. Ao contrário, a ocultação de fatos de interesse da sociedade, restou, isto sim, mascarada por publicidade enganosa, massificante e aliciante.

Pode-se dizer, portanto, que a publicidade do tabaco, como ficou demonstrado, é sem dúvidas abusiva e enganosa.

#### **4.6 Vício de fumar**

O psicanalista Dr. Flavio Gikovate no livro Drogas - Opção de Perdedor, explica de maneira simples e autêntica o tema relativo a hábito, vício e dependência.

Pode-se resumir o que diz o articulista médico com o que segue.

- Não há a menor dúvida de que o grande problema relacionado com os vícios é o da dependência psicológica, eis que ela é muito mais forte e mais difícil de tratar do que a dependência física.

- O cigarro serve muito bem de exemplo para o estudo dos vícios, principalmente porque é uma das coisas que mais vicia.

- Quase todas as pessoas que fumaram algumas vezes passaram a ser fumantes regulares e, portanto, se viciaram.

- Estatisticamente, 90% dos que fumaram por brincadeira acabaram se viciando.

- O mais grave mesmo é a dependência psicológica.

- A ausência do cigarro fica relacionada com o reaparecimento - que mais parece um aparecimento - das nossas angústias mais profundas. O vínculo que se estabelece entre o homem e o cigarro não é uma coisa simples, banal; é uma coisa muito forte e profunda. Daí a dificuldade que as pessoas têm de largar o vício de fumar.

- Vício e hábito são a mesma coisa? Não. Por isso é que se torna importante distinguir um do outro. Podemos dizer que existe o hábito quando a dependência psicológica é pequena, ou seja, quando o fato de abandonar aquela prática ou aquele ritual nos entristece um pouco, mas não a ponto de nos deixar pensando no assunto o dia inteiro. Assim também podemos saber se trata-se de hábito ou vício a nossa relação com uma droga pelo tamanho da falta que sentimos quando somos obrigados a nos afastar dela.

Esclarecidos esses pontos relativos a hábito e vício com o socorro do eminente psicanalista citado, no que se segue deve-se dizer que a Portaria nº 695/1999 do Ministério da Saúde faz referência ao fato da “nicotina ser droga e causar dependência”.

Aliás, quanto a isso, a própria Philip Morris Internacional admitiu para o mundo, em *confissão pública*, através de seu sítio mantido na rede mundial de computadores – Internet, *locus* de domínio público -, que o cigarro causa dependência e males, como se pode ver no texto extraído daquele sítio (<http://www.philipmorrisinternational.com>). Veja-se:

“Fumar cigarro causa dependência. Pode ser muito difícil deixar de fumar, mas, se você é um fumante, isso não deve impedi-lo de tentar fazê-lo. Fumar cigarro causa câncer no pulmão, doenças cardíacas, enfisema e outras doenças sérias em fumantes. Fumantes são muito mais propensos a desenvolver doenças como o câncer de pulmão do que não-fumantes. *Não existe cigarro seguro*. Fumar cigarro é perigoso e causa dependência”.

E mais. O INCA, órgão de fé pública, divulgou em seu sítio na Internet ([www.inca.gov.br](http://www.inca.gov.br)), os seguintes trechos de documentos da indústria, hoje tornados públicos. Vejam-se.

“A BAT deveria aprender a se ver mais como uma companhia de droga do que como uma companhia de tabaco (Um memo escrito por cientistas da British American Tobacco – BAT / Souza Cruz, 1980)”.

“Nicotina causa dependência. Nós estamos, portanto, no ramo de vender nicotina, uma droga que causa dependência.” (Addison Yeaman da Brown and Williamson - B&W, 1963).

Ante ao exposto, no que se conclui, o nicotino-dependente não tem hábito, mas, sim, vício, que o leva a continuar fumando.

#### **4.7 Iniciação ao vício**

Os argumentos da indústria tabagista a respeito da iniciação ao vício e a tudo mais não merecem respaldo, pois dissociados de plausibilidade. É fácil argüir, por exemplo, que só consome cigarro quem quer, sem levar em consideração todos os artifícios disponíveis de indução de comportamento, a vulnerabilidade do consumidor e a dependência química gerada.

Consabido que o homem influencia e se vê influenciado pelo meio onde vive. Assim, a partir do momento em que se passou a idear o fumo como comércio, os fabricantes de tabaco e derivados desenvolveram eles mesmos uma cultura voltada ao tabagismo, aprofundada depois na sociedade. Em pouco tempo o fumo assumiu ares de importância, virou moda, passou ao cinema, transmudando-se assim em fetiche. Fumar era um ato normal, inocente até, já que a grande maioria fumava.

Não foi, portanto, a publicidade por si que, a despeito de abusiva e enganosa, difundiu o fumo no meio social. Foi, isto sim, o culto ao tabaco, a cultura tabagista criada. Tanto que nos países da cortina de ferro onde não se veiculava publicidade alguma, as pessoas também se viciaram graças exatamente a cultura, ao culto ao tabaco.

No início, a publicidade ajudou apenas a arraigar a cultura tabagista criada. Claro que, depois, uma vez transformado o cigarro em fetiche, a insidiosa publicidade passou à propaganda, que nada mais esta é do que a difusão de uma idéia, e, no caso, a difusão do cigarro como fetiche.

Segundo dados de acreditados organismos ligados à área de saúde, a maior parte dos fumantes se iniciaram no vício enquanto infantes, numa faixa etária no mais das vezes entre 12 e 14 anos, fase do desenvolvimento humano para a qual o próprio Direito, sob o fundamento de falta de discernimento, estabelece limites à capacidade legal.

Destarte, se a própria ordem jurídica, o direito positivado, tem os impúberes como aqueles com falta de discernimento para o exercício pleno da vida civil, como, então, se quer atribuir livre-arbítrio quando da escolha deles se iniciarem no fumo, no VÍCIO de fumar? Ilógico, porque o livre-arbítrio pressupõe exatamente plena capacidade de discernimento.

O fato é que se inicia cedo no vício. Para parecer mais velho, fazer tipo ou agradar aos amigos, o adolescente, como decorrência da cultura tabagista arraigada na sociedade, dribla aquele gosto de cinzeiro e disfarça os acessos de tosse até que ganha intimidade com o



cigarro e passa a se sentir parte da turma. Com o tempo, a nicotina age, a dependência se instala e ele pode nem se lembrar de como tudo começou.

Valor caro ao homem é a autoconservação, não se discorda.. Um juízo livre e lúcido, sabe-se, não abrevia conscientemente a autodestruição. Somente um complexo processo de indução psicológica é capaz de introjectar a supressão ou a inversão deste valor imanente.

No mais, como defender uma suposta liberdade de opção quando o consumidor não detém o inventário de informações – e grande parte da massa de consumidores ainda não as detém – necessárias a realizar uma escolha consciente e bem trabalhada, em relação a iniciar-se ou não no tabagismo?

Não se pode deixar de reiterar os ensinamentos do tantas vezes aqui citado, o Professor Lúcido Delfino, autor do best seller “Responsabilidade civil e tabagismo no Código de Defesa do Consumidor” – ed. DelRey, no que diz respeito ao presente tópico. Com a sabença que lhe é peculiar, o consagrado jurista aduz “ser truncado o argumento que se ancora numa propensa liberdade de opção por parte do consumidor, de sorte que seria ele o único responsável pelas decisões que adota, podendo investir no vício ou não, e até mesmo abandoná-lo, sempre que sua vontade assim determinar”.

Disponível em:

<http://www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Artigos&file=display&jid=226>

Acesso em: 24/03/2009.