

O DIREITO DOS FUMANTES À INDENIZAÇÃO

SMOKERS' RIGHT TO INDEMNITY

Adalberto Pasqualotto

Professor Titular de Direito do Consumidor da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

RESUMO: O artigo defende o direito dos fumantes à indenização pelas doenças causadas pelo cigarro e demais produtos derivados do tabaco. Os fundamentos teóricos encontram-se no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. Com base no primeiro, o tabaco é caracterizado como produto altamente nocivo à saúde, em relação ao qual nenhuma informação é suficiente para evitar o dano. Portanto, o defeito do produto não advém da falta de informação, mas de sua concepção. O livre arbítrio do consumidor para aderir ao fumo não constitui causa de exclusão da obrigação de indenizar, porque é equiparado à livre iniciativa do fabricante para produzir e comercializar um produto que ele sabe ser inevitavelmente perigoso. Pode, todavia, o livre arbítrio ser considerado culpa concorrente da vítima, para o efeito de reduzir o montante da indenização. No Código Civil, o direito à indenização dos fumantes encontra sua base no art. 931, cujo pressuposto é simplesmente a colocação do produto

causador do dano em circulação, sem necessidade de apresentar defeito. Ficam excluídos do âmbito normativo do art. 931 os produtos benéficos, cujos efeitos danosos podem ser evitados mediante adequada informação. Entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil se estabelece o chamado diálogo das fontes, evitando que o sistema se torne autoimune. Dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor continua inteiramente válido nas relações de consumo, sem que elas sejam excluídas do alcance do Código Civil em caráter complementar. É o que se verifica na dispensa da caracterização do cigarro como produto defeituoso. A teoria da causalidade alternativa contribui para suprir as dificuldades da prova do nexo causal, podendo a ação ser promovida contra todos os fabricantes na condição de grupo. O art. 931 deve ser interpretado à luz dos princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade da pessoa humana e do valor social da livre iniciativa.

PALAVRAS-CHAVE: Cigarro; nocividade; defesa do consumidor; art. 931 do Código Civil; valor social da livre iniciativa.

ABSTRACT: *This article aims to guarantee smokers the right to indemnity when suffering from diseases caused by cigarettes and tobacco-derived products. The theoretical arguments come from the Consumers Defence Code as well as from the Civil Code. According to the Consumers Defence Code, tobacco is classified as a highly harmful product, and there isn't any level of safe information to avoid damages. Therefore, the fault of this product is not lack of information, but conception. The consumer's freedom of choice to smoke does not exclude any obligation of indenisation, because this freedom is compared to that of the producer in making and selling a product which is inevitably hazardous. Nevertheless, the freedom of choice can be considered joint liability and could lead to a reduction in the total amount awarded in damages. In the Brazilian Civil Code the smoker's right to indemnity is based in Article 931, which states that the act of selling a hazardous product in the market constitutes products liability, even if the product is not defective. Beneficial goods, whose damaging effects may be avoided by appropriate information, are excluded from the Article 931. There are intersections between the Consumers Defence Code and the Brazilian Civil Code called communication of sources that avoids the legal system to become autoimmune. Therefore, the Consumer Defence Code remains fully valid to regulate consumer relationships and it does not forbid consumers to be protected by the regulations of the Brazilian Civil Code as a complementary source. This is clear in the exemption of typifying cigarettes as a defective product. The theory of alternative causality contributes to supply the difficulties of proving evidences. The suit may be filed against all the cigarettes producers as a group. Article 931 must be interpreted in light of the constitutional principles of solidarity, dignity of the human being and the social value of free initiative.*

KEYWORDS: *Cigar; harmfulness; consumer defence; Civil Code; free initiative.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O fato do cigarro no artigo 12 do CDC; 2 O fato do cigarro no artigo 931 do Código Civil; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Smokers' right to indemnity according to the Consumers Defence Code; 2 Smokers' right to indemnity according to the Civil Code; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Sobre o tabaco, coexistem dois consensos contraditórios no Brasil. Ninguém discorda que se trata de um produto nocivo à saúde, de acordo com as evidências científicas reconhecidas universalmente. Sobre essas evidências, organismos internacionais elaboraram documentos e tratados recomendando políticas de combate ao tabagismo, adotadas em mais

de uma centena de países, inclusive no Brasil. Mas a opinião predominante na doutrina do direito e na jurisprudência nacional é de que a indústria tabaqueira não é responsável pelos danos causados à saúde dos fumantes pelos produtos derivados do tabaco.

Os argumentos levantados pela doutrina que assim entende, e acatados na jurisprudência dominante, são basicamente dois: o cigarro, assim como os demais derivados do tabaco, são produtos de risco inerente à sua própria natureza, daí que não podem ser considerados defeituosos e ensejar a responsabilidade do fabricante; por conseguinte, quem decide fumar exerce o seu livre arbítrio, consciente da nocividade do tabaco, uma vez que os produtos dele derivados sempre são vendidos e apresentados com severas advertências sobre os riscos que oferecem à saúde, obedecendo prescrições legais.

Segundo esses entendimentos, risco inerente e livre arbítrio encontrariam respaldo no Código de Defesa do Consumidor. Sendo o defeito do produto pressuposto da obrigação de indenizar do fabricante, o risco inerente ao produto não configuraria defeito. E o livre arbítrio do fumante seria uma forma de culpa exclusiva da vítima. Portanto, estariam configuradas duas excludentes de responsabilidade civil do fornecedor, previstas no art. 12, § 3º, incisos II e III.

Este artigo pretende contraditar esses argumentos. Para isso, serão desenvolvidas duas racionalidades distintas. A primeira enfrenta os argumentos referidos no âmbito normativo do Código de Defesa do Consumidor e procurará demonstrar que o chamado “risco inerente” do produto é um conceito equívoco e, por si só, não é suficiente para excluir a responsabilidade civil do fabricante, quando está presente uma nocividade de alto grau. Produtos sabidamente nocivos à saúde não se tornam isentos de defeito pelo fato de sua nocividade ser informada à sociedade. Eles são defeituosos em sua concepção. Portanto, é um sofisma afirmar que eles oferecem legítima expectativa de segurança.

A segunda racionalidade sustenta-se no art. 931 do Código Civil. Embora faça uma ressalva a leis instituidoras de regimes especiais de responsabilidade civil, esse artigo mantém-se aplicável às relações de consumo, haja vista a abertura do Código de Defesa do Consumidor a outras leis, inclusive o Código Civil. O sistema jurídico não pode tornar-se autoimune, o que resultaria de uma interpretação reciprocamente repelente dos dois códigos em questão. Essa segunda racionalidade argumentativa é completada com alguns elementos para a interpretação do art. 931 como fonte alternativa do direito dos fumantes à indenização, hermenêutica iluminada pelos princípios constitucionais

da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e do valor social da livre iniciativa.

1 O FATO DO CIGARRO¹ NO ARTIGO 12 DO CDC

Sinteticamente, dispõe o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor que os fornecedores responderão, independentemente de culpa, pelos danos causados aos consumidores por defeitos de seus produtos, defeitos esses originários de concepção (ou projeto), fabricação e informação (ou comercialização). O defeito caracteriza-se, nos termos do § 1º do mesmo artigo, quando o produto não atende a legítima expectativa de segurança dos consumidores, aferida por alguns indícios, entre os quais a sua apresentação, os usos e os riscos que dele podem ser esperados e a época em que foi lançado no mercado. Conforme o § 3º do mesmo art. 12, o fornecedor não responde pela indenização quando provar que não lançou no mercado o produto causador do dano, ou que o produto não apresentava defeito, ou que tenha havido culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro na causa do dano.

Segundo o entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência, o tabaco é um produto de “risco inerente”, por isso não corresponde a expectativas de segurança do consumidor, não se caracterizando, por conseguinte, como produto defeituoso². Também é entendido que o fumante exerce seu livre arbítrio ao decidir fumar, sendo conhecedor da nocividade do tabaco, haja vista o cumprimento das advertências legais, sendo de sua culpa exclusiva os danos que venha a sofrer na sua saúde.

O que se pretende demonstrar nesse primeiro capítulo é a ambiguidade do conceito de produto de “risco inerente” e que o cigarro, sendo nocivo por sua própria natureza, é um produto defeituoso em razão de sua concepção.

1.1 RISCO E NOCIVIDADE

A primeira linha de raciocínio a ser desenvolvida faz uma distinção entre os conceitos de risco e nocividade. Antes, porém, de se examinar o significado desses conceitos à luz da legislação, deve ser registrado que a expressão “risco inerente”, associando o adjetivo diretamente ao substantivo, não está presente no CDC. Trata-se de um construto doutrinário que, *data venia*, é impreciso, pois

¹ “Cigarro” será usado no texto como referência de todos os produtos derivados do tabaco.

² Nesse sentido: STJ, REsp 1.113.804/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, un., 27.04.2010; STJ, REsp 1.197.660/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, un., 15.12.2011.

mistura risco com nocividade – estes, sim, conceitos legais distintos, que serão dissecados a seguir.

De risco propriamente dito trata o art. 8º. Esse dispositivo institui uma norma de segurança negativa, dispondo que os produtos e serviços não acarretem riscos à saúde e segurança dos consumidores, “exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição”. É o caso das facas. O risco de que o usuário venha a se cortar é normal e previsível, em decorrência da sua natureza e fruição. Poder-se-ia, com propriedade, falar de “risco inerente”, desde que o produto não seja nocivo. A nocividade é uma outra categoria de risco, tratada à parte.

O art. 9º já não se expressa em termos de risco, mas de “nocividade potencial”. Diz a norma que “o fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito de sua nocividade ou periculosidade”. Aqui já não se fala apenas de um risco inerente à natureza do produto, mas de uma possibilidade de dano mais grave (nocividade potencial) que pode estar associada ao uso. O fornecedor deverá adotar as medidas cabíveis em cada caso concreto. É o caso dos medicamentos. A bula deverá informar as indicações de uso e as propriedades terapêuticas, mas também as contraindicações, os efeitos colaterais e as interações medicamentosas.

Embora, grosso modo, se possa dizer que há uma relação de grau de risco entre os arts. 8º e 9º (no primeiro um risco normal e no segundo um risco agravado), a verdade é que a lei trata expressamente de risco tão somente no primeiro e de nocividade no segundo³. O adjetivo “inerente” poderia ser usado assim em um caso como no outro. Isto é, pode-se dizer que há um “risco inerente” a determinados produtos (facas), assim como uma “nocividade

³ Zelmo Denari afirma que o art. 9º supõe a exacerbação dos riscos referidos no art. 8º, alinhando, entre os produtos de nocividade potencial, as bebidas alcoólicas e o fumo (DENARI, Zelmo. Comentários ao artigo 9º. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. São Paulo: Forense, 2004. p. 168-169). Lúcio Delfino compartilha da mesma posição de Denari quanto a classificar o fumo como produto de nocividade potencial, fazendo-o por eliminação do art. 10. Segundo Delfino, “crer que foi intenção do legislador pátrio, com o prescrito no art. 10, proibir a venda de cigarro no País, seria apaixonar-se demasiadamente pelo tema”. Entende que “[S]e a publicidade do tabaco é permitida, obviamente, sua venda também o é”. Por isso, descarta o enquadramento do tabaco no art. 10 como produto altamente nocivo, concluindo: “O legislador, com o art. 9º, procurou regular aqueles produtos e serviços que, apesar de potencialmente nocivos, podem ser colocados no mercado. Nesse ponto, encaixa-se o fornecimento de bebidas alcoólicas e o fumo” (DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 101).

inerente” a outros (medicamentos). No último caso, o legislador preferiu “nocividade potencial”, separando risco de nocividade. Por conseguinte, falar pura e simplesmente de “risco inerente” resulta em imprecisão, ainda mais quando o que realmente se pretende expressar é o contrário do que literalmente se diz. Em outras palavras: quem se refere ao tabaco como produto de “risco inerente” pretende significar que, por isso mesmo, trata-se de um produto isento de defeito. Ora, “risco inerente” (art. 8º) ou “nocividade inerente” (art. 9º) não implica, necessariamente, isenção de defeito. As facas, assim como quaisquer outros produtos de uso (e risco) “normal e previsível” podem apresentar defeito e acarretar danos ao consumidor. Se isso ocorrer, haverá responsabilidade civil do fabricante. Os produtos que se enquadram no art. 8º – produtos de “risco inerente”, se assim se quiser chamar – podem ser comparados com os produtos portadores de “vícios aparentes ou de fácil constatação” de que trata o art. 26. O risco e o vício são evidentes. Os produtos que evidenciam o risco inerente ao uso são produtos intrinsecamente benéficos. O risco é um efeito marginal e aleatório da sua utilidade. Esses produtos não podem ser, por sua própria natureza, nocivos, pois a nocividade é uma outra categoria de risco.

No Direito brasileiro, o introdutor do conceito de risco inerente (por ele chamado de periculosidade inerente) foi Antônio Herman Benjamin, ao expor a teoria da qualidade. Benjamin referiu-se a duas espécies de periculosidades: a *inerente ou latente* (normal e previsível em decorrência da natureza e fruição do produto) e a *adquirida* (produtos que se tornam perigosos pela presença de um defeito). A essas duas categorias Benjamin acrescentou uma terceira: a *periculosidade exagerada*, e sobre ela dizendo:

Ao contrário dos bens de periculosidade inerente, a informação adequada aos consumidores não produz maior resultado na mitigação de seus riscos. Seu potencial danoso é tamanho que o requisito da previsibilidade não consegue ser totalmente preenchido pelas informações prestadas pelos fornecedores.

Anotou ainda haver, nesses casos, “imensa desproporção entre custos e benefícios sociais da sua [de tais bens] produção e comercialização”. Como não há um critério para a avaliação do alto grau de nocividade e de periculosidade de um produto, Benjamin considera que a definição cabe aos Tribunais, caso a caso, mas lista como úteis alguns pontos arrolados no Direito norte-americano, entre os quais são aqui destacados: se o dano hipoteticamente causado pelo produto é de grande gravidade; se o risco do produto não pode ser eliminado

pelo exercício de cuidado razoável; e que valor tem a atividade (ou o produto) para a comunidade⁴.

A “periculosidade exagerada” de que fala Benjamin é a que está presente no art. 10. Trata-se de outro patamar de nocividade: a nocividade de alto grau. Não se cogita mais de mera potencialidade, mas sim de uma nocividade inevitável ou de um dano já não mais marginal ao uso, mas “inerente”. Poder-se-ia falar, com propriedade, em produtos de “nocividade inerente”. João Marcello de Araújo Júnior socorreu-se da *teoria dos padrões* para expressar o significado de “nocividade de alto grau”. Segundo tal teoria, o grau de perigo é considerado elevado “sempre que o produto ou serviço estiver contido entre aqueles que a experiência internacional ou nacional relacionou dentre os que provocam, necessariamente, danos à vida e à saúde dos consumidores”⁵. A experiência internacional, especialmente influenciada pelas evidências científicas da nocividade do tabaco, resultou na Convenção Quadro para o Controle do Tabaco, celebrada sob os auspícios da Organização Mundial da Saúde, promulgada em 2005, pela Assembleia Geral da INU, por unanimidade, e assinada por 168 países, inclusive o Brasil.

Produtos detentores de alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança dos consumidores não podem ser colocados no mercado, como expressamente consigna o art. 10. Em que categoria se enquadra o tabaco: É um produto de risco normal e previsível em decorrência de sua natureza e fruição? É um produto potencialmente nocivo? Ou é um produto de alto grau de nocividade?

Produtos de risco inerente ao uso são produtos úteis, preponderantemente benéficos, que oferecem risco apenas incidentalmente, de modo geral por uso irregular ou impróprio. O tabaco, não. O uso do tabaco pode ser prazeroso para o fumante (benefício), mas o malefício é inafastável e muito mais expressivo, individual e socialmente, do que o benefício.

⁴ BENJAMIN, Antônio Herman. Comentários aos artigos 12 a 27. In: OLIVEIRA, Juez (Coord.). *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. especialmente p. 49 a 53. Também pode ser encontrado em: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 142 a 145.

⁵ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Comentários aos artigos 8º a 17. In: CRETELLA JÚNIOR, José; DOTI, René Ariel (Coord.); ALVES, Geraldo Magela (Org.). *Comentários ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. Ressalte-se que nem Araújo Júnior nem Benjamin, citado anteriormente, referem-se expressamente ao tabaco ou a outro produto específico. Ambos falam apenas em tese.

Se o tabaco não pode ser compreendido como um produto de “risco inerente”, nos termos do art. 8º, resta classificá-lo como produto nocivo – nocividade não apenas potencial (a despeito das opiniões de Denari e de Delfino), mas de alto grau.

Essa é a posição de Luiz Guilherme Marinoni⁶, que extrai da condição de nocividade de alto grau do cigarro a consequência de que deve ser retirado do mercado, nos estritos termos do art. 10.

Conforme Marinoni, a nocividade do cigarro não advém “da forma do consumo, mas sim do próprio consumo”. Por conseguinte, não restaria ao Estado alternativa senão proibir a sua comercialização, exercendo o que Canaris chama de “imperativo de tutela”. Marinoni considera “um escárnio aos direitos básicos da população” a contradição entre as advertências de que o cigarro é causador de câncer e o dever do Estado de proteger a saúde pública⁷.

Nada obstante as corretas observações de Marinoni, sabe-se que, ao menos nos âmbitos administrativo e legislativo, a retirada do cigarro do mercado é praticamente inviável, em razão da pressão econômica da indústria do tabaco e do poderoso *lobby* político que ela exerce. Além do mais, há razões (que aqui não cabe discutir) de conveniência política para que o tabaco continue sendo comercializado licitamente: a sua proibição poderia resultar (e certamente resultaria) na criação de um mercado negro⁸. Nesse contexto, restaria ao Poder

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela do consumidor diante das noções de produto e serviço defeituosos: a questão do tabaco. *Revista Jurídica*, n. 370, p. 29 a 41, ago. 2008.

⁷ Marinoni, ob. cit., p. 38 a 41. Amanda Flávio de Oliveira propõe o desenvolvimento de uma política econômica de desestímulo ao consumo e à produção de tabaco, a partir da ponderação entre valores ou das vantagens e desvantagens da produção e consumo concorrencialmente livres. Seu fundamento teórico é o “direito de não fumar”, decorrente da conjugação dos direitos à vida e à liberdade, que demandam defesa e prestação por parte do Estado. A política de desestímulo ao tabaco seria uma forma de acesso à vida digna (OLIVEIRA, Amanda Flávio. *Direito de (não) fumar: uma abordagem humanista*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. especialmente p. 123 e ss.).

⁸ O mercado negro do tabaco foi uma fator que influenciou a decisão da Corte Constitucional da Colômbia, na já mencionada *Sentencia-830/10*: “es necesario tener en cuenta que existen ocupaciones o transacciones económicas que un legislador democrático puede considerar dañinas socialmente, y que por ende juzga que deben ser limitadas. Sin embargo, ese mismo legislador puede concluir que es equivocado prohibir esas actividades, por muy diversas razones. Por ejemplo, con base en diversos estudios sociológicos, los legisladores pueden considerar que la interdicción total es susceptible de generar un mercado negro ilícito, que en vez de reducir el daño social ligado a los intercambios económicos no deseados, tienda a agravarlo” (Colômbia. Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-830/10*, 20.10.2010. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c%2D830%2D10.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2014). A Convenção Quadro para o Controle do Tabaco propõe medidas contra o contrabando e o comércio ilegal do produto, o que pressupõe uma avaliação política de conveniência da manutenção da sua

Judiciário um pronunciamento sobre a matéria, assim como já fez em outras oportunidades a respeito de produtos também nocivos em alto grau. É preciso, porém, que o julgador seja provocado.

O tabaco reúne as três características, anteriormente citadas, que identificam produtos de periculosidade exagerada: 1) o dano hipoteticamente

licitude: “1. As partes reconhecem que a eliminação de todas as formas de comércio ilícito de produtos de tabaco – como o contrabando, a fabricação ilícita, a falsificação – e a elaboração e a aplicação, a esse respeito, de uma legislação nacional relacionada e de acordos sub-regionais, regionais e mundiais são componentes essenciais do controle do tabaco. 2. Cada parte adotará e implementará medidas legislativas, executivas, administrativas ou outras medidas efetivas para que todas as carteiras ou pacote de produtos de tabaco e toda embalagem externa de tais produtos tenham uma indicação que permita as partes determinar a origem dos produtos do tabaco e, em conformidade com a legislação nacional e os acordos bilaterais ou multilaterais pertinentes, auxilie as partes a determinar o ponto de desvio e a fiscalizar, documentar e controlar o movimento dos produtos de tabaco, bem como a determinar a situação legal daqueles produtos. Ademais, cada parte: (a) exigirá que cada carteira unitária e cada embalagem de produtos de tabaco para uso no varejo e no atacado, vendidos em seu mercado interno, tenham a declaração: ‘Venda autorizada somente em (inserir nome do país, unidade subnacional, regional ou federal)’, ou tenham qualquer outra indicação útil em que figure o destino final ou que auxilie as autoridades a determinar se a venda daquele produto no mercado interno está legalmente autorizada; e (b) examinará, quando aplicável, a possibilidade de estabelecer um regime prático de rastreamento e localização que conceda mais garantias ao sistema de distribuição e auxilie na investigação do comércio ilícito. 3. Cada parte exigirá que a informação ou as indicações incluídas nas embalagens, previstas no parágrafo 2 do presente artigo, figurem em forma legível e/ou no idioma ou idiomas principais do país. 4. Com vistas a eliminar o comércio ilícito de produtos do tabaco, cada parte: (a) fará um monitoramento do comércio de além-fronteira dos produtos do tabaco, incluindo o comércio ilícito; reunirá dados sobre o mesmo e intercambiará informação com as autoridades aduaneiras, tributárias e outras autoridades, quando aplicável, e de acordo com a legislação nacional e os acordos bilaterais ou multilaterais pertinentes aplicáveis; (b) promulgará ou fortalecerá a legislação, com sanções e recursos apropriados, contra o comércio ilícito de tabaco, incluídos a falsificação e o contrabando; (c) adotará medidas apropriadas para garantir que todos os cigarros e produtos de tabaco oriundos da falsificação e do contrabando e todo equipamento de fabricação daqueles produtos confiscados sejam destruídos, aplicando métodos inócuos para o meio ambiente quando seja factível, ou sejam eliminados em conformidade com a legislação nacional; (d) adotará e implementará medidas para fiscalizar, documentar e controlar o armazenamento e a distribuição de produtos de tabaco que se encontrem ou se desloquem em sua jurisdição em regime de isenção de impostos ou de taxas alfandegárias; e (e) adotará as medidas necessárias para possibilitar o confisco de proventos advindos do comércio ilícito de produtos de tabaco. 5. A informação coletada em conformidade aos subparágrafos 4(a) e 4(d) do presente artigo deverá ser transmitida, conforme proceda, pelas partes de forma agregada em seus relatórios periódicos à conferência das partes, em conformidade com o artigo 21. 6. As partes promoverão, conforme proceda e segundo a legislação nacional, a cooperação entre os organismos nacionais, bem como entre as organizações intergovernamentais regionais e internacionais pertinentes, no que se refere a investigações, processos e procedimentos judiciais com vistas a eliminar o comércio ilícito de produtos de tabaco. Prestar-se-á especial atenção à cooperação no nível regional e sub-regional para combater o comércio ilícito de produtos de tabaco. 7. Cada parte procurará adotar e aplicar medidas adicionais, como a expedição de licenças, quando aplicável, para controlar ou regulamentar a produção e a distribuição dos produtos de tabaco, com vistas a prevenir o comércio ilícito”.

causado pelo tabaco é de grande gravidade, sendo um dos maiores causadores de câncer, especialmente de pulmão, assim como de cardiopatias e de acidentes vasculares cerebrais; 2) o risco do tabaco não pode ser eliminado pelo exercício de cuidado razoável, pois não há uma quantidade segura para o consumo de tabaco; consumido ainda que em quantidades mínimas, pode ser altamente nocivo; além do mais, o tabaco produz dependência, o que leva o fumante a fumar mais e constantemente; 3) ainda que se possa argumentar com os empregos e os impostos gerados pela indústria do tabaco, o balanço dos benefícios e dos malefícios sociais é altamente desfavorável para a sociedade; basta um dado para demonstrá-lo: em 2011, as doenças tabaco-relacionadas representaram um custo de 20,68 bilhões de reais para o SUS, enquanto os impostos federais recolhidos pela indústria do tabaco no mesmo ano foram de 6,3 bilhões de reais⁹, ou seja, o custeio público das doenças foi aproximadamente sete vezes maior do que a arrecadação tributária.

Do que se viu até aqui, pode-se concluir que produto que oferece risco “normal e previsível” e produto nocivo não significam a mesma coisa. O traço distintivo é o benefício do produto. O risco é efeito marginal e aleatório de um produto benéfico, risco que pode ser evitado com o uso adequado. Já o produto nocivo é um produto em que o malefício é considerável (nocividade potencial) ou até mesmo preponderante (alto grau de nocividade). É possível que o produto nocivo tenha alguma função de utilidade para o usuário, mas ela é inseparável do malefício. O fumante acha o cigarro prazeroso, mas a nocividade é inafastável do consumo¹⁰.

O tabaco não é um caso único de produto (ou serviço) nocivo. Seguem-se três exemplos, em nenhum dos quais pairam dúvidas sobre a responsabilidade civil dos respectivos fornecedores.

O primeiro é o caso dos andadores infantis. Em ensaios realizados pelo Inmetro – Instituto Brasileiro de Metrologia, Qualidade e Tecnologia –, cujo

⁹ Segundo pesquisa coordenada por Márcia Teixeira Pinto, do Instituto Fernandes Figueira e da Fundação Oswaldo Cruz, e por Andrés Pichon Riviere, do Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria, da Argentina. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/721_Relatorio_Carga_do_tabagismo_Brasil.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2013.

¹⁰ “Los productos de tabaco y sus derivados tienen una particularidad que los distinguen de otros bienes e servicios que concurren al mercado: son intrínsecamente nocivos para la salud de quienes los consumen y para el medio ambiente.” (Trecho do acórdão da Corte Constitucional da Colômbia: Colômbia. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-830/10, 20.10.2010. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c%2D830%2D10.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2014)

relatório foi divulgado em julho de 2013¹¹, foi evidenciada a não conformidade de cem por cento dos onze produtos analisados, de diferentes marcas, especialmente no tocante à segurança. É forçoso concluir que o andador infantil não é apenas um produto com risco “normal e previsível” (ou inerente ao uso). É mais do que isso: é um produto nocivo. A Sociedade Brasileira de Pediatria faz campanha pela proibição dos andadores¹², afirmando que “o equipamento é inútil para o desenvolvimento da marcha de bebês e que seu uso pode causar acidentes sérios como traumas no crânio chegando até a levar a morte”¹³. No Senado, há projeto de lei em tramitação que veda a produção, a importação, a distribuição, a comercialização e a doação de andador infantil¹⁴. Em que pese tudo isso, o produto continua sendo vendido. Finalmente, surgiu uma providência concreta. Notícia-se que sentença em ação civil pública que tramita em Passo Fundo/RS, ainda sem trânsito em julgado, proibiu em todo o País a comercialização dos andadores infantis¹⁵. O julgador exerceu a tutela imperativa propugnada por Marinoni. Não é a primeira vez que o Judiciário adianta-se ao legislador e ao administrador, tomando uma providência que se impunha. Em 1998, acolhendo pedido do Ministério Público Federal, o Juiz Federal Guilherme Pinho Machado proibiu o fumo em aviões brasileiros.

O segundo caso está consagrado em lei e é de pacífica e tradicional aceitação: a cláusula de incolumidade nos transportes, que garante o passageiro contra danos decorrentes de acidentes no trajeto, ainda que a culpa seja de terceiro. A Súmula nº 187 do STF foi positivada no art. 735 do Código Civil, com idêntica redação¹⁶. O acidente, independentemente de quem seja o seu causador, é inerente ao serviço prestado pelo transportador. Portanto, cabe a ele indenizar os danos ao passageiro. É um dano eventual, de ocorrência incerta,

¹¹ Relatório completo disponível em <http://www.inmetro.gov.br/consumidor/produtos/andadores_infantis.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2013.

¹² Notícias em <http://www.sbp.com.br/show_item2.cfm?id_categoria=17&id_detalhe=1795&tipo=D>. Acesso em: 23 dez. 2013.

¹³ Folha de S. Paulo de 21 jan. 2013. Disponível em: <http://www.sbp.com.br/show_item.cfm?id_categoria=52&id_detalhe=4325&tipo_detalhe=s>. Acesso em: 23 dez. 2013.

¹⁴ PLS 50, de 2013. Disponível em: <http://www.sbp.com.br/pdfs/PLS_50_2013.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2013.

¹⁵ Disponível em: <<http://www.efe.com/efe/noticias/brasil/sociedade/justi-proibe-venda-andadores-infantis-todo-pais/3/2017/2193211>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

¹⁶ A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

mas previsível, ainda que inevitável, conforme o modo que venha a acontecer. É um caso fortuito internalizado na atividade do transportador.

Ocorre o mesmo com o tabaco. Nem todo fumante contrairá doenças porque fuma. Mesmo que as contraia, a causa da morte pode vir a ocorrer por fato alheio ao consumo de tabaco. Todavia, sendo sabido que o tabaco é causador de vários agravos à saúde, quando o dano ocorrer e estiver provado o nexo de causalidade, caberá ao fabricante a obrigação de indenizar, não obstante o risco de doença seja inerente ao consumo do produto.

O terceiro exemplo vem da jurisprudência: a infecção hospitalar¹⁷.

A Lei nº 9.431, de 06.01.1997, obrigou os hospitais a manterem um Programa de Controle de Infecções Hospitalares. Implicitamente, a lei reconhece a impossibilidade de controle sanitário absoluto, ao estabelecer, no art. 1º, que o programa deve ter em vista a “redução máxima possível da incidência e da gravidade das infecções hospitalares”.

Nada obstante a impossibilidade de controle absoluto, o Superior Tribunal de Justiça tem considerado a infecção hospitalar um fator de risco inteiramente imputável aos hospitais, obrigando-os a indenizar os danos consequentes com fundamento na responsabilidade civil objetiva estipulada no art. 14, *caput*, do CDC.

No Recurso Especial nº 629.212/RJ, julgado em 15.05.2007¹⁸, a 4ª Turma do STJ examinou um caso em que uma parturiente adquiriu infecção hospitalar após a cesariana. O médico obstetra era particular. O hospital apenas forneceu as instalações para realizar-se a cirurgia. O acórdão fez a distinção entre “danos decorrentes da atividade médica daqueles oriundos do fato da internação em si” e atribuiu responsabilidade ao hospital pela infecção contraída pela paciente, mesmo que ele tenha se manifestado somente quatro dias após a alta¹⁹. O voto vencedor do Ministro César Asfor Rocha assinalou que a responsabilidade civil objetiva “serve justamente ao desiderato de não deixar sem reparação a ofensa relacionada às atividades cujos riscos são assumidos por quem as presta”, razão pela qual “o hospital assume os riscos inerentes à internação do paciente e em virtude disso há de responder objetivamente”. Entendimento em contrário, frisou

¹⁷ Segundo a Portaria do Ministério da Saúde nº 2.616, de 12 de maio de 1998, infecção hospitalar “é aquela adquirida após a admissão do paciente e que se manifeste durante a internação ou após a alta, quando puder ser relacionada com a internação ou procedimentos hospitalares”.

¹⁸ STJ, REsp 629.212/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, maioria.

¹⁹ Por essa razão, votou vencido o Ministro Massami Uyeda.

o Relator, implicaria que “as infecções inevitáveis ficariam imunes à reparação, mesmo relacionadas ao serviço prestado pelo nosocômio”. A contrário senso, significa que o dano inevitável, ligado a um risco intrínseco, é reparável. E seria absurdo sustentar que, sabedor da inevitabilidade do risco, o paciente assumiria inteiramente o risco da internação.

Divergiu do Relator o Ministro Uyeda, limitadamente para colocar em causa o nexos causal no caso concreto, mas concordando com a tese, o que deixou expressamente consignado, afirmando que “o risco da atividade tem que ser assumido. E tem que ser assumido pelo hospital”.

Seguiram-se outros julgamentos no mesmo sentido, dos quais podem ser destacados os seguintes.

Em Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.237.646/RR, a 2ª Turma do STJ, por unanimidade, negou provimento à pretensão recursal, que incluía a rediscussão do nexos causal que levou ao óbito uma parturiente por infecção hospitalar, por vedação da Súmula nº 7 ao reexame da matéria fática. Na origem, o Tribunal de Apelação afirmara a existência de responsabilidade dos agentes públicos, na forma do art. 37, § 6º, da Constituição, e também a incidência do art. 14, *caput*, do CDC²⁰.

No Recurso Especial nº 903.258/RS, a 4ª Turma do STJ negou provimento ao recurso do réu, um hospital de Porto Alegre, também com fundamento na Súmula nº 7²¹. As instâncias inferiores haviam reconhecido o nexos causal entre as sequelas irreversíveis sofridas pelo autor e a infecção hospitalar decorrente de punção femoral de que fora paciente ainda na condição de neonato. A Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora, recordou precedente do Recurso Especial nº 116.372/MG, no qual ficou assentado que a responsabilidade do hospital pela incolumidade do paciente “somente pode ser excluída quando a causa da moléstia possa ser atribuída a evento específico e determinado”.

O nexos causal esteve em causa outra vez no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 211.917/RJ, improvido igualmente com base na Súmula nº 7²². O fato era infecção hospitalar decorrente de falta de higienização do material utilizado em videolaparoscopia. O Ministro Relator consignou passagem do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no sentido de

²⁰ STJ, AgRg-REsp 1.237.646/RR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, unânime, 05.02.2013.

²¹ STJ, REsp 903.258/RS, 4ª Turma, Relª Min. Maria Isabel Gallotti, 21.06.2011, maioria. Votou vencido o Ministro Luís Felipe Salomão apenas quanto à data inicial dos juros moratórios.

²² STJ, AgRg-Ag-REsp 211.917/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, unânime, 23.10.2012.

que o “risco da atividade empresarial [deve ser] suportado pelos fornecedores de serviço e não pelo consumidor, parte mais fraca na relação contratual”.

Conclusão deste primeiro ponto: risco e nocividade são conceitos legalmente distintos. Só se pode falar com propriedade técnica de “risco inerente” a propósito de produtos preponderantemente úteis e benéficos que não apresentem nocividade potencial ou de alto grau. Produto altamente nocivo não tem efeito útil ou a utilidade é mínima em relação ao malefício que causa. Os produtos com alto grau de nocividade ou periculosidade não podem (ou não deveriam) ser colocados no mercado.

1.2 O SOFISMA DA EXPECTATIVA DE SEGURANÇA

O que se sustentou até aqui é que o cigarro e outros produtos derivados do tabaco são altamente nocivos, o que pode facilmente ser inferido da sua própria natureza e de indicadores referidos por João Marcello de Araújo Júnior e Antônio Herman Benjamin, a saber: a experiência internacional com os malefícios do tabaco, atestada pela ciência médica; a gravidade dos danos causados pelo tabaco à saúde dos consumidores e dos fumantes passivos; a impossibilidade de eliminar ou controlar o risco do tabaco pelo exercício de cuidados do consumidor, uma vez que não há um modo seguro de consumo de tabaco; consumido ainda que em quantidades mínimas, o tabaco é altamente nocivo; além do mais, o tabaco produz dependência, o que leva o fumante a fumar mais e constantemente; ainda que possam resultar benefícios de atividades relacionadas ao tabaco nas áreas agrária e industrial, e na arrecadação de impostos, os malefícios sociais são muito mais expressivos. Por isso, faz sentido a conclusão de Luiz Guilherme Marinoni, que defende a proibição de venda dos produtos derivados do tabaco, com fundamento no art. 10 do CDC. A rigor, trata-se de um silogismo legal: se produtos sabidamente nocivos não podem ser lançados no mercado e se o tabaco é um produto altamente nocivo, o tabaco não pode ser comercializado.

Cabe investigar agora que relação existe entre um produto considerado altamente nocivo e os danos que ele possa causar. Isso será feito, por ora, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, a partir das premissas até aqui colocadas.

O defeito de um produto que causa dano é aferido por um conceito jurídico indeterminado: é defeituoso o produto que não oferece a segurança que dele legitimamente se espera (art. 12, § 1^o)²³. É nessa cunha que entra o argumento

²³ O defeito do produto ou do serviço é, geralmente, a causa inequívoca e evidente do dano sofrido pelo consumidor. Lembrando caso julgado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, comenta

da indústria: como o tabaco sabidamente é nocivo à saúde, e assim é informado, não poderia haver legítima expectativa de segurança no seu consumo. Logo, afirma-se, o tabaco não é um produto defeituoso e os danos dele advindos não são passíveis de reparação.

Trata-se de um sofisma, pois conduz a uma conclusão paradoxal: embora seja um produto de alta nocividade à saúde, como essa nocividade é amplamente conhecida, o tabaco não é considerado defeituoso, porque dele não pode ser esperada nenhuma segurança; logo, basta que seja amplamente conhecida a nocividade de um produto para que nenhuma segurança dele possa ser exigida.

Um raciocínio assim, apegado à lógica formal de um conceito legal, acaba por renegar o escopo do direito à reparação de danos. É como se a lei contivesse uma armadilha: há direito à reparação dos danos causados por produtos de periculosidade baixa ou média. Em relação aos produtos altamente nocivos ou perigosos, a proteção legal desaparece, desde que a alta nocividade ou periculosidade seja informada ao consumidor. A informação teria o condão de inverter o risco, deslocando-o do fornecedor para o consumidor.

Essa interpretação é lacunosa, porque não correlaciona o art. 12, § 1º, II (em que pretende se apoiar), com o art. 8º. Esses artigos constroem conceitos superpostos, na medida em que utilizam palavras iguais ou equivalentes para descrevê-los. O art. 8º diz que os produtos não deverão acarretar *riscos* à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados *normais e previsíveis* em decorrência de sua *natureza e fruição*. O art. 12, § 1º, II, considera defeituosos os produtos que não oferecem expectativa legítima de segurança, considerados *o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam*. A correlação é evidente entre *riscos normais e previsíveis* com a expectativa de segurança conforme *uso e riscos que razoavelmente dele se esperam* em decorrência da *natureza e fruição* de tais produtos.

Note-se que o art. 12, § 1º, II, não menciona produtos *nocivos*²⁴. Estariam eles então excluídos da esfera de risco do fornecedor? Ou seja, os produtos nocivos não dariam margem à indenização? Seria um paradoxo afirmá-lo, na medida em que eles constituem risco agravado. A conclusão lógica é que os

Paulo de Tarso Sanseverino: “As lesões causadas no rosto do consumidor pelo estouro, em suas mãos, de uma garrafa de refrigerante não exigem maior indagação sobre qual teria sido a sua causa”, ressaltando situações de maior complexidade, em que há concorrência de mais de uma causa ou condição (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 257).

²⁴ “Produtos geneticamente perigosos”, conforme a denominação adotada por OYAGUE, Olenka Woolcot. *La responsabilidad del productor: estudio comparativo del modelo norteamericano y el régimen de la Comunidad Europea*. Lima/Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. p. 149.

produtos nocivos excedem os *usos e riscos normais e previsíveis* que constituem o conceito de legítima expectativa de segurança. Produtos nocivos e produtos seguros são conceitos contraditórios. Cabe indagar, então, se a informação abastada sobre a nocividade é suficiente para afastar a obrigação de indenizar.

“Legítima expectativa de segurança” é um conceito jurídico indeterminado, construído para abarcar o maior número possível de casos sob o manto da proteção legal. Por efeito da abertura do conceito, as circunstâncias denotativas da insegurança do produto não são apenas aquelas três expressamente mencionadas nos incisos do § 1º do art. 12, mas também outras, compreendidas na expressão *entre as quais*. Entre as outras circunstâncias não consignadas modo expresso na norma está a nocividade do produto, indicadora de muito maior insegurança do que os riscos inerentes ao uso normal de um produto não nocivo.

Os conceitos jurídicos indeterminados são espécies do gênero conceito aberto ou abstrato. Tais conceitos são formados de *notas distintivas que são desprendidas, abstraídas, dos objetos em que aparecem*²⁵. Excluir o tabaco do conceito de produto inseguro (e, por conseguinte, de produto defeituoso) é ignorar que a sua nocividade é nota que o assemelha a todos os demais produtos inseguros, com o acréscimo de uma gravidade dificilmente encontrável em outros. Segundo Larenz, decorre da lógica que o conceito supremo de uma categoria abstrata, aquele sob o qual muitos outros são compreendidos, tem o menor conteúdo, mas tem a extensão ou o campo de aplicação mais amplo, enquanto que o conceito mais rico em conteúdo apresenta o maior número de notas distintivas, tendo, por isso mesmo, a menor extensão²⁶. Desse modo, produto que não atende a legítima expectativa de segurança ou produto defeituoso é um conceito de escasso conteúdo, mas de larga extensão, de modo a poder abranger produtos benéficos com risco inerente (art. 8º), produtos potencialmente nocivos (art. 9º) e produtos com alto grau de nocividade (art. 10). Em contrapartida, quanto mais denso for o conteúdo de insegurança de um produto, menor extensão ele terá. Se

²⁵ Tradução livre para: “Se llaman ‘abstractos’ [os conceitos], porque son formados de notas distintivas que son desprendidas, abstraídas, de los objetos en que aparecen [...]” (LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 2001. p. 440).

²⁶ Extraído livremente do trecho: “Aquí rige la ley lógica de que el concepto ‘supremo’ – es decir, aquel bajo el cual (añadiendo notas distintivas diferenciables) pueden subsumirse muchos otros – tiene el menor contenido, puesto que sólo está caracterizado por pocas notas distintivas, y, en cambio, tiene la extensión o ámbito de aplicación más amplios; mientras que, el más rico en contenido, que presenta mayor número de notas distintivas, tiene, en cambio, le menor extensión” (Larenz, ob. loc. cit.).

somente os produtos com alto grau de nocividade contrariassem a expectativa de segurança dos consumidores, seria muito menos extenso o conceito de produtos defeituosos. Em outras palavras: por ser um produto de alta nocividade, o tabaco tem um concentrado conteúdo de insegurança (poderia alguém duvidar?), mas certamente não é paradigma para o conceito de produto defeituoso, possuindo nesse aspecto escassa extensão. O inverso também é verdadeiro: por ser um produto de forte densidade de insegurança, o tabaco, com certeza, não atende a legítima expectativa de segurança dos consumidores.

Na mesma trilha de Larenz, Engisch entende por conceito indeterminado “um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”²⁷. Engisch classifica os conceitos indeterminados em descritivos e normativos, sendo estes “frequentemente indeterminados num grau particularmente elevado”, fazendo referência a valores que são revelados no caso concreto²⁸. Ao se analisar o risco do tabaco, não há como ignorar o consenso científico sobre os malefícios do produto, a menos que se queira persistir no sofisma da falta de legítima expectativa de segurança.

O silogismo, pois, é o seguinte: produto nocivo é inseguro (premissa maior); o tabaco é produto nocivo (premissa menor); logo, o tabaco é inseguro.

Argumentar que a informação da nocividade, prestada à bastança no caso do tabaco, desautoriza a expectativa de segurança é persistir no sofisma. O tabaco é um produto vocacionalmente nocivo e nenhuma informação será suficiente para evitar o dano. Que outra utilidade terá a informação senão a de prevenir ou tentar evitar o dano (o que, no entanto, nem sempre alcança)? No tabaco, a informação é inócua para esse fim (o que não significa que as advertências sanitárias devam deixar de ser veiculadas, porque têm função educativa, auxiliando no esforço de diminuir o consumo de tabaco). O livre arbítrio do fumante não é razão para excluí-lo do direito à indenização. Se o fabricante de cigarros vale-se da livre iniciativa para colocar o produto no mercado e obter lucro lícito, o fumante tem o livre arbítrio de fumar, pagando para obter o prazer que procura. Essa é a troca justa, que se desequilibra a favor da indústria se o eventual dano do fumante fica sem possibilidade de indenização. A informação

²⁷ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977. p. 173.

²⁸ *Idem*, p. 174 a 178, *passim*.

deve servir para a decisão de não fumar, mas não para exonerar a indústria de responsabilidade.

Em outros casos, a informação também se revela insuficiente: em que pesem as leis e sanções contra as infrações de trânsito, as campanhas publicitárias com imagens catastróficas de acidentes, os depoimentos pessoais de vítimas autoras dos próprios acidentes que ficaram com sequelas graves e as operações “balada segura”, motoristas continuam dirigindo de modo imprudente ou embriagados, fazendo “pegas”, inclusive em perímetros urbanos, onde espectadores que ali estão conscientes do perigo são atropelados. A irracionalidade de alguns comportamentos faz parte da imperfeição humana, mas nem por isso o direito deve fechar os olhos às suas consequências.

Nos estritos termos do Código de Defesa do Consumidor, se o defeito do cigarro não está na informação, está necessariamente na concepção. Sendo um produto inevitavelmente nocivo à saúde, o cigarro é defeituoso por natureza. No Direito norte-americano, o defeito de *design* pode ser inferido do balanço entre as vantagens e desvantagens do produto. Por esse critério, ao impor a indenização dos danos, a responsabilidade civil assume uma função dissuasória (*deterrence*)²⁹.

Em conclusão deste ponto: a abundância de informação sobre a nocividade do tabaco não é suficiente para transferir o risco do produto para o consumidor, porque o tabaco é vocacionalmente nocivo. Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, o tabaco deve ser considerado um produto defeituoso em razão da sua concepção, pois não oferece possibilidade de uso seguro.

Todavia, ainda que se queira insistir, como tem feito a jurisprudência e a maioria da doutrina, no argumento de que a informação sobre a nocividade do tabaco desautoriza a expectativa de segurança³⁰, o direito à indenização por danos causados pelo tabaco poderia emergir de outras normas do sistema jurídico nacional, interpretado harmonicamente. É o que será visto a seguir, a propósito do art. 931 do CC.

²⁹ Comentários sobre a matéria em OYAGUE, Olenka Woolcott. *La responsabilidad del productor: estudio comparativo del modelo norteamericano y el régimen de la Comunidad Europea*. Lima/Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. p. 195 e ss.

³⁰ Nesse sentido: STJ, REsp 886.347/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJAP), un., 25.05.2010.

2 O FATO DO CIGARRO NO ARTIGO 931 DO CÓDIGO CIVIL

A responsabilidade civil da indústria tabagista não é necessariamente alicerçada no Código de Defesa do Consumidor³¹, embora fumar caracterize uma relação de consumo. Com a superveniência do Código Civil em 2002, ampliou-se a base legal dos direitos do consumidor, na conformidade do que prevê o art. 7º, *caput*, do CDC, que incorpora às suas próprias normas direitos outros decorrentes de tratados, convenções internacionais, legislação nacional e regulamentos, em uma cláusula de abertura do sistema codificado, chamada por Claudia Lima Marques de diálogo das fontes³².

Um dos dispositivos que expande o catálogo de direitos do consumidor (entre outros efeitos) é o art. 931 do Código Civil³³.

³¹ A maioria dos autores que atribui responsabilidade civil à indústria tabaqueira o faz com supedâneo no CDC. Assim: DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; ANDRIGHI, Fátima Nancy; ANDRIGHI, Vera Lúcia; KRÜGER, Cátia Denise Gress. *Responsabilidade civil objetiva da indústria fumageira pelos danos causados a direito fundamental do consumidor de tabaco*. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Silvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

³² Entre outros textos da autora sobre o mesmo tema: MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo diálogo das fontes. In: PFEIFFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto (Coord.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

³³ O ponto de vista aqui defendido contraria o que pensa a maioria da doutrina, podendo ser citados, entre outros: STOCO, Rui. *A responsabilidade civil*. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O novo Código Civil: homenagem ao Professor Miguel Reale*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005 (considerando o artigo 931 do CC, redundante com o CDC); LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008; a mesma autora coordenou a publicação de uma coletânea de pareceres sobre as questões jurídicas ligadas ao tabaco, tais como publicidade e responsabilidade civil, na qual se alinham posições de diversos autores de pareceres em ações relativas a tabagismo, sustentando a ausência de responsabilidade civil das empresas tabagistas. Entre eles, mais proximamente ao ponto aqui tratado, ou seja, afirmando a incidência do art. 931 do CC, Gustavo Tepedino. Outros autores, em pareceres reproduzidos na mesma obra, analisam os casos de tabaco limitadamente no âmbito normativo do CDC, afastando a responsabilidade civil dos fabricantes por não considerarem o cigarro um produto defeituoso, argumento ao qual, geralmente, associam o livre arbítrio do fumante para considerarem presente uma causa de exclusão da obrigação de indenizar (culpa exclusiva da vítima). Nessa linha: Maria Celina Bodin de Moraes, Nelson Nery Júnior, Ruy Rosado de Aguiar Júnior e a própria Teresa Ancona Lopez (*Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Coord. Teresa Ancona Lopez. Rio de Janeiro: Renovar, 2009). De outro lado, em alguma medida concordando com o ponto de vista aqui sustentado: TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011 (entendendo que o artigo 931 do CC, aplica-se subsidiariamente ao CDC). Em favor de uma interpretação expansiva do art. 931,

Segundo o art. 931, os empresários individuais e as empresas respondem, independentemente de culpa, pelos danos causados pelos produtos postos em circulação. Esse dispositivo não foi bem recebido pela maioria da doutrina nacional. A crítica fundamenta-se na sua origem histórica para concluir pela sua inutilidade ou interpretação reducionista. A norma foi inserida no projeto de Código Civil para proteção dos consumidores, uma vez que, na época, não havia uma lei específica que os protegesse. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, ela teria perdido a sua função. De acordo com essa crítica, interpretado ao pé da letra, o art. 931 instituiria uma responsabilidade objetiva integral, obrigando as empresas a indenizar danos causados pelos riscos normais dos produtos, como é o caso sempre lembrado das facas. Para evitar essa demasia, é considerado implícito como pressuposto da indenização (e causa do dano) o defeito do produto³⁴. Entretanto, para não haver redundância com o art. 12 do CDC, o art. 931 do CC só seria aplicável quando o fato que originasse o dano não constituísse relação de consumo³⁵. Afirmam em geral esses autores que

a I Jornada de Direito Civil, de 2002, aprovou, por maioria, um enunciado ampliando o conceito de fato do produto, do art. 12 do CDC, e outro, incluindo no seu âmbito normativo a responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: “Enunciado nº 42 – O art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos”; “Enunciado nº 43 – A responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento”. Entendendo pela procedência dos dois enunciados, FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código Civil. *Revista do TST*, v. 76, n. 1, jan./mar. 2010. Igualmente concordando, mas excetuando da incidência do art. 931 o dano decorrente de produto potencialmente nocivo, desde que haja informação suficiente, Tula Wesendonck, em tese de doutorado defendida e aprovada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 2013 (O regime da responsabilidade civil pelo fato dos produtos postos em circulação: uma proposta de interpretação do artigo 931 do Código Civil sob a perspectiva do direito comparado, inédita). A V Jornada de Direito Civil, de 2013, por maioria, rejeitou enunciado com o seguinte teor (proposto pelo autor deste texto, assim como os dois enunciados antes referidos): “Embora sejam produtos com risco inerente, o tabaco e as bebidas alcoólicas obrigam os seus fabricantes a indenizar os usuários pelos danos à saúde, nos termos do art. 931 do Código Civil”. O presente trabalho insiste na tese, reprisando alguns argumentos e agregando novos.

³⁴ Está neste caso Sérgio Cavaleiri Filho: “O que faz o empresário responder objetivamente pelos danos causados pelos produtos postos em circulação? Essa é a questão fundamental. São os eventuais defeitos que esses produtos tiverem” (CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 228).

³⁵ Nesse sentido: ALVES, José Carlos Moreira. A causalidade nas ações indenizatórias por danos atribuídos ao consumo de cigarros. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *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. Na mesma obra, o já citado Gustavo Tepedino. Também Teresa Ancona Lopez, na obra já citada (*Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008), especialmente p. 49 a 52. Ainda: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a Constituição da*

a ressalva que antecipa a regra nuclear do art. 931 (“Ressalvados outros casos previstos em lei especial...”) refere-se exatamente ao CDC, haja vista a razão da sua inserção no projeto de Código Civil (defesa do consumidor)³⁶.

Essas interpretações se fundamentam basicamente no critério histórico (*mens legislatoris*), que, como se sabe, não é mais o prestigiado em termos de hermenêutica. Uma interpretação sistemática levará a outras conclusões, a começar pelo significado da ressalva.

2.1 RESSALVA DAS LEIS ESPECIAIS E DIÁLOGO DAS FONTES

Não se contesta que, em princípio, a ressalva exclui do âmbito normativo do art. 931 hipóteses fáticas já reguladas em outras leis³⁷. Dessa forma, as leis especiais de responsabilidade civil mantiveram-se inalteradas. É o caso do Código de Defesa do Consumidor, que regula a responsabilidade civil dos fornecedores com base no defeito dos produtos e serviços. Daí a previsão expressa da causa excludente da obrigação de indenizar o dano quando o produto ou o serviço que lhe deu origem não tinha defeito, conforme o art. 12, § 3º, II, e art. 14, § 3º, I.

Porém, é preciso compatibilizar a ressalva do art. 931 do CC, com a abertura do CDC a outras leis, propiciada pelo seu art. 7º, *caput*. O CC, como lei geral, preserva o regime das leis especiais, mas se o CDC promove a integração de normas de outras leis (entre elas o CC), a regra mais ampla do art. 931 deve ser aplicada também às relações de consumo, não para transformá-las (pura e simplesmente abolindo a exigência de defeito do produto), mas para completá-las. Se a abertura do art. 7º fosse obstruída pela ressalva do art. 931, o sistema se tornaria autoimune. A ressalva do art. 931 do CC mantém a integralidade

República. Rio de Janeiro: Renovar, v. II, 2006, comentários ao artigo 931; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, comentários ao artigo 931.

³⁶ Especificamente nesse sentido, entre outros, o ilustrado parecer do eminente José Carlos Moreira Alves, na obra já citada: LOPES, Teresa Ancona (Coord.). *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.

³⁷ Além do CDC, outras leis especiais podem ser citadas como objetos da ressalva, dentre elas as que dispõem sobre a responsabilidade civil por danos nucleares - Lei nº 6.453, de 17.10.1977 - e por acidentes aeronáuticos - Lei nº 7.565, de 19.12.96, Código Brasileiro de Aeronáutica. Por conseguinte, o âmbito normativo do art. 931 do Código Civil, são os danos que não são objeto de nenhuma lei especial e também não constituam matéria já prevista no próprio Código Civil, a saber: os atos ilícitos por culpa e por abuso de direito (arts. 186 e 187), o exercício de atividades que expõem terceiros a risco (art. 927, parágrafo único), os fatos do incapaz, de outrem, dos animais e das coisas (respectivamente, arts. 928, 932, 936, 937 e 938) e o exercício de atividades profissionais com negligência, imprudência ou imperícia (art. 935). Depois de todo esse conjunto excluído, o art. 931 aparece como verdadeira cláusula residual de responsabilidade civil (não é o caso de comentar aqui o art. 927, parágrafo único).

do Código de Defesa do Consumidor como lei especial, mas não o imuniza em relação à lei geral. O art. 7º do CDC opera como cláusula de reenvio ao Código Civil.

Por conseguinte, os danos a consumidores continuam sendo inteiramente regulados pelo CDC, com a necessária ressalva de hipóteses verificáveis em outras leis, conforme a cláusula de abertura do art. 7º, *caput*. Nesses casos, haverá de se verificar o que a lei em causa dispuser.

O art. 931, ao vincular a responsabilidade empresarial apenas a “produtos postos em circulação”, não institui uma responsabilidade objetiva desmesurada, obrigando a indenizar o dano de quem não teve habilidade no manuseio de uma faca. Para esses casos, continuam em pleno vigor as normas do CDC. A sua aplicação é para os casos em que o produto, por sua natureza, extrapola a margem de risco razoável e evitável pelo próprio consumidor.

Eis, portanto, uma encruzilhada: ou se minimiza a importância do art. 931 (a esse resultado chegam aqueles que afirmam que no art. 931 está implícita a existência de defeito do produto causador do dano ou que ele só é aplicável fora das relações de consumo) ou se lhe dá uma interpretação mais abrangente, compatível com um avanço considerável da responsabilidade civil objetiva, de modo a nele incluir casos de danos que, de outro modo, ficariam sem indenização.

2.2 ELEMENTOS PARA A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 931

A melhor opção é dar ao art. 931 uma interpretação progressista, propiciando-lhe alcance correspondente a um efetivo avanço da responsabilidade civil no País, de modo a proteger as vítimas do desenvolvimento de uma sociedade cada vez mais complexa e ao mesmo tempo individualista, que transforma pessoas em meras referências estatísticas e objetivos de *marketing*. Os princípios constitucionais fundamentais da dignidade humana e da justiça social exigem uma nova postura da doutrina e da jurisprudência, no sentido da valorização da vida, assim como dos interesses coletivos, colocando-os acima dos interesses puramente econômicos.

Tomando essa diretriz, o art. 931 pode ser a sede do direito das vítimas do tabaco a uma indenização, o que viria a confirmar a premissa da responsabilidade civil contemporânea: nenhuma vítima deve ficar sem indenização. Com efeito, a redação do art. 931, contentando-se com um fator causal objetivo (a mera colocação do produto no mercado) para responsabilizar o fabricante pelo dano, sem explicitação de defeito, permite à jurisprudência brasileira um avanço

significativo, consistente em adotar uma linha de responsabilidade civil absoluta para casos extremos em que o defeito de concepção decorre de uma decisão consciente do fabricante³⁸.

Aceitar-se essa tese não significa, *ipso facto*, atribuir a obrigação de indenizar todas as doenças dos fumantes ativos e passivos às empresas fumageiras. Ainda restam duas questões importantes a resolver: o nexo causal e a medida da indenização.

Tem sido sustentado que as evidências médicas das moléstias causadas pelo tabaco não dispensam a demonstração cabal da etiologia da doença em cada caso particular³⁹. Trata-se de um apego extremado à teoria da causalidade adequada ou da necessidade⁴⁰. Autores há que fazem um juízo de ponderação. Jorge Cesa Ferreira da Silva afirma que, na responsabilidade objetiva, a equivalência das condições pode melhor explicar algumas imputações de responsabilidade, apontando como exemplo a responsabilidade solidária dos fornecedores pelos vícios dos produtos e serviços⁴¹.

Não se pode ignorar a evolução doutrinária a respeito da causalidade alternativa, também chamada causalidade suposta ou cumulativa. Um dos primeiros a tratar dessa matéria no Brasil foi Clóvis do Couto e Silva (casualmente os escritos que deixou a esse respeito estão em língua francesa e espanhola). Segundo o emérito professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, precocemente desaparecido, “muitas vezes os danos são causados sem que se saiba quem os causou; e, de outro lado, sabe-se que todos o causaram, sem que

³⁸ No Direito norte-americano, os defeitos de concepção têm dupla configuração: ou decorrem de um erro inadvertido, sobrelevando, nesse caso, o dever de informação do fabricante, ou têm origem na decisão livre do fabricante em lançar no mercado um produto geneticamente perigoso. Neste último caso, cabe ao juiz fazer uma ponderação entre as vantagens e desvantagens oferecidas pelo produto. As alternativas de decisão judicial são: a) imposição de uma responsabilidade absoluta; b) isentar o produtor do dever de proteção das vítimas; c) os juízes deveriam indicar padrões de razoabilidade para maior segurança do produto (OYAGUE, Olenka Woolcott. *La responsabilidad del productor: estudio comparativo del modelo norteamericano y el régimen de la Comunidad Europea*. Lima/Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. p. 149 e ss.). O tabaco só comporta as duas primeiras alternativas; a jurisprudência brasileira, inegavelmente, tem preferido a segunda.

³⁹ Nesse sentido, o REsp 1.113.804/SP.

⁴⁰ Importante contributo às questões de causalidade no tabagismo foi prestado pelo Projeto Diretrizes, conduzido pela Associação Médica Brasileira, ao lançar em 2013 o relatório intitulado “Evidências científicas sobre tabagismo para subsídio ao Poder Judiciário” (Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/841_diretrizes_AMB.pdf>).

⁴¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 190.

se tenha uma ideia exata da participação de cada um”⁴². Couto e Silva filiava-se à teoria da causalidade adequada, em oposição à clássica causalidade real. O critério naturalista foi substituído por uma noção jurídica, que permite ao juiz uma valoração dos fatores contributivos do dano⁴³.

Outros autores se dedicaram a essa matéria. É clássica a monografia de Vasco Della Giustina, editada já sob a égide do Código de Defesa do Consumidor. O autor entende que o CDC acolheu, ao menos implicitamente, a causalidade alternativa, na medida em que obriga o fornecedor a provar que não colocou o produto no mercado para eximir-se da obrigação de indenizar. Em senso contrário, diz Della Giustina, pesaria sobre ele uma presunção de causalidade quando pretendesse se eximir afirmando que o produto causador do dano fora fabricado por um concorrente⁴⁴.

Julio Alberto Díaz publicou outro trabalho monográfico, em que lembra a teoria de Guido Calabresi do *deep pocket*: deve reparar o dano com quem está em melhores condições do que a vítima para suportá-lo⁴⁵.

Caitlin Sampaio Mullholand traz interessantíssimos aportes à matéria. Ela anota que, na responsabilidade alternativa, deixa-se de lado a ideia de punição do autor do dano; o objetivo é a reparação da vítima, daí a extensão da responsabilidade para o grupo, efetivando-se os princípios da dignidade humana e da responsabilidade social. Sua contribuição é relevante em matéria de nexos causal. Segundo a autora, rompe-se o conceito “para cada dano, uma causa”. O liame que se estabelece é entre o dano e o grupo que o possível agente causador integra. É uma causalidade externa. Esse nexo pode ser presumido, presunção que pode estar explicitada na lei ou ser assumida pelo juiz, estando presente um alto grau de probabilidade do fato narrado e grande dificuldade probatória. A presunção, acrescenta, pode ser absoluta ou relativa. No primeiro caso, a lei deduz diretamente da alta probabilidade e da dificuldade probatória a afirmação do fato. No segundo caso, o que ocorre na prática é uma inversão

⁴² Livre tradução para: “[...] los daños son causados de manera tal que no se sabe a veces quien los causó; y, por otra parte, se sabe que todos los causaron, pero no se tiene una idea exacta sobre la participación de cada uno en la producción del daño” (FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997).

⁴³ “Cuando se se considera a la causalidad adecuada, se asume una noción jurídica de causalidad, en que ya no se trata más de la noción física. [...] se incluyó allí una ponderación, un criterio de valoración; el juez es capaz de valorar.” (COUTO E SILVA, Clóvis. Ob. cit., p. 238)

⁴⁴ DELLA GIUSTINA, Vasco. *Responsabilidade civil dos grupos*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 155.

⁴⁵ DIAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 158.

do ônus da prova, transferindo-se o encargo do favorecido pela presunção para quem tem melhores condições de demonstrar o contrário. Dirigindo-se a imputação a diversos réus que reúnem as características de um grupo, a causalidade pressuposta pode ser complementar ou cumulativa. Na causalidade complementar, o dano só se perfaz pela soma das causas parciais (concausa); na cumulativa, a causa produzida por um dos agentes apenas seria suficiente para provocar o dano⁴⁶.

Gisela Sampaio da Cruz é cautelosa, preferiria esperar por uma regulamentação legal da causalidade alternativa, mas entre aplicá-la analogicamente ao dano *de effusis et dejectis*, conforme é frequentemente proposto na doutrina, prefere justificá-la com base nos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana⁴⁷.

Ainda que se resolva o vínculo etiológico pela causalidade alternativa, restaria saber qual foi o específico produto, entre as diversas marcas e fabricantes, o causador do dano. Essa questão pode interferir com a medida da indenização.

A maioria das doenças derivadas do cigarro apresenta causalidade cumulativa, ou seja, há concorrência de dois ou mais fabricantes, conforme a origem das marcas de cigarros consumidos pela vítima ao longo dos anos. A responsabilidade solidária dos fabricantes se imporia, com fundamento no art. 7º, parágrafo único, do CDC. Porém, fixar com precisão a cota da indenização a ser atribuída a cada fabricante é virtualmente impossível, porque implicaria descobrir quanto de cada marca a vítima fumou. Duas soluções podem ser alvitradas. Uma seria calcular a medida individual da indenização proporcionalmente à participação de cada empresa no mercado. Essa foi a solução pioneiramente adotada no célebre caso *Sindell vs. Abbot Laboratories*, julgado pela Suprema Corte da Califórnia em 1980. O Tribunal deparou-se com a seguinte questão: Pode alguém que sofreu danos em virtude de uma droga administrada à sua mãe durante a gravidez, sabendo qual é a droga, mas sem poder identificar precisamente quem era o fabricante, responsabilizar quem

⁴⁶ MULLHOLAND, Caitlin Sampaio. A responsabilidade civil e a causalidade alternativa. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 88-115, passim. A autora trata da matéria em tese, sem se referir às questões do tabaco, como, de resto, nenhum autor citado a propósito de causalidade alternativa.

⁴⁷ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 306 e ss.

produzia uma fórmula idêntica⁴⁸? A ação foi proposta contra onze fabricantes da mesma droga preventiva de aborto, conhecida como DES, causadora de câncer em fetos femininos. A Corte californiana julgou a demanda procedente e determinou que cada empresa ré pagasse parte da indenização correspondente à sua participação nas vendas daquela droga no mercado.

A situação é semelhante às doenças dos fumantes. Ao longo dos anos, eles mudam de marca. É praticamente impossível relacionar a doença com uma marca definida. A responsabilidade recairia sobre todas as empresas que vendem cigarros no mercado ou que o fizeram durante os anos de consumo ativo do fumante. A proporcionalidade atenderia à equidade.

A segunda hipótese seria a coletivização da responsabilidade e das reparações. Os fabricantes seriam obrigados a constituir um fundo para financiar os tratamentos das doenças derivadas do cigarro, indistintamente de quem fosse a vítima. Adotada por via legislativa, esta poderia ser uma solução mais aceitável para aqueles que receiam uma jurisprudência intuitiva como consequência de uma flexibilização temerária de pressupostos garantistas, como é o nexo causal⁴⁹.

De outra parte, também é necessário tomar em conta que, na maioria dos casos dos fumantes ativos (não seria o caso quanto aos fumantes passivos), haverá de se considerar a culpa concorrente da vítima como moderadora do montante da indenização devida⁵⁰. A concorrência de culpa não arrepia o sistema do CDC⁵¹. Se a culpa exclusiva do consumidor é uma causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor, por que o comportamento contributivo

⁴⁸ “May a plaintiff, injured as the result of a drug administered to her mother during pregnancy, who knows the type of drug involved but cannot identify the manufacturer of the precise product, hold liable for her injuries a maker of a drug produced from an identical formula?” (Sindell vs. Abbot Laboratories, 26 Cal. 3d 588. Disponível em: <<http://www.lexisnexis.com/clients/CACourts/>>. Acesso em: 21 jan. 2014)

⁴⁹ Genericamente nessa linha, sem especificar questões particulares, como o tabaco, SCHREIBER, Anderson. Flexibilização do nexo causal em relações de consumo. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁵⁰ Artigo crítico sobre o argumento da culpa exclusiva da vítima foi escrito por Fernanda Nunes Barbosa e Mônica Andreis. Indo na contramão da maioria, as autoras afirmam que a doutrina e a jurisprudência, de modo geral, “defendem o indefensável: a inocência das empresas de tabaco no processo de estímulo ao consumo de cigarros”. Discordam que se possa tratar como livre arbítrio “o complexo conflito vivenciado por um adicto entre os ‘efeitos da dependência’ e ‘o desejo genuíno de parar de fumar’” (BARBOSA, Fernanda Nunes; ANDREIS, Mônica. O argumento da culpa da vítima como excludente da responsabilidade civil da indústria do cigarro: proposta de reflexão. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 82, p. 60-83, abr./jun. 2012).

⁵¹ Nesse sentido, SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 296 e ss.

da vítima não haverá de servir de atenuante, abatendo proporcionalmente o montante da indenização⁵²? O princípio da reparação integral (art. 6º, VI) não pode ser obstáculo, pois a equidade também é um princípio geral no CDC (art. 7º, *caput*, e art. 51, IV). Pela sua própria natureza, a equidade não pode ser uma aplicada unilateralmente para beneficiar apenas uma das partes, ainda que no âmbito de um diploma protetivo, porque se trata de um princípio geral do direito, não apenas de um sistema ou microsistema.

Finalmente: a interpretação de norma conformadora de um regime jurídico novo não dispensa a tomada em consideração dos princípios constitucionais, o que pode implicar uma escolha ideológica⁵³. É facilmente defensável a posição contrária ao direito dos fumantes à indenização. Basta que o discurso se mantenha conservador do ponto de vista dogmático e apegado ao que se pode chamar de valores radicalmente liberais (ou neoliberais). Assim, o argumento do livre arbítrio do fumante, a inafastabilidade da causalidade naturalística, o fechamento circular de conceitos abertos como a legítima expectativa de segurança, a dúvida paralisadora, tudo isso concertado como apelo à segurança jurídica fulmina qualquer avanço que se proponha em terreno tão vivo e dinâmico como o da responsabilidade civil. Por isso, o art. 931 é visto como redundante (para impedir que inove e aperfeiçoe o regime das relações de consumo) e simultaneamente perigoso (porque ameaça a livre iniciativa pelo fato mesmo de empreender).

Nenhum desses argumentos, porém, parece suficientemente sólido quando se lança o olhar para a Constituição. Lá residem princípios que vêm iluminando a releitura de muitos preceitos normativos ordinários. É a esses princípios que se deve submeter a interpretação do art. 931 do Código Civil, não para torná-lo um subversor do sistema existente, mas para nele integrá-lo, deixando fluir a sua potencialidade inovadora. O poder transformador de uma norma jurídica depende, em grande parte, da compreensão dos princípios sob

⁵² Há vários precedentes dos STJ admitindo a concorrência de culpa para atenuação da obrigação de indenizar, dos quais são aqui citados, exemplificativamente, apenas o primeiro e o mais recente: REsp 287.849/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, maioria, 17.04.2011; REsp 1.349.894/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, 04.04.2013. Conforme, na doutrina: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 253-254.

⁵³ “[...] longe de ser axiologicamente neutro, o ordenamento brasileiro se baseia em uma específica concepção sobre o direito, materializada nos princípios fundamentais contemplados na Constituição.” (BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. Comentário ao artigo 1º, IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva-Almedina, 2013. p. 133)

os quais é interpretado. Os princípios que guiam a interpretação das normas jurídicas nascem na Constituição.

Da constelação constitucional, serão apenas brevemente aludidos dois princípios sobre os quais muito já se têm escrito, a dignidade humana e a solidariedade, e um terceiro, cuja aplicação ao caso é de grande significado: o valor social da livre iniciativa.

A negativa de indenização aos fumantes é uma segregação jurídica que premia a quem coopta e condiciona a sua vontade a um comportamento vicioso. O risco do tabaco é alienado totalmente à vítima do efeito deletério do produto. A empresa que explora a dependência física e psíquica induzida pelo tabaco é recompensada com o lucro e imunizada à contrapartida da indenização – indenização que tem por função reequilibrar os interesses afetados pelo dano em qualquer outra relação de mercado. O fumante é alijado da condição de dignidade inerente a qualquer vítima, pois a ele não é reconhecida a chance da reparação.

Por outro lado, as barreiras que historicamente mantinham a incolumidade dos limites individualistas da responsabilidade civil foram derrubadas com avanços que sempre pareceram transgressores da razoabilidade, conforme o ponto de vista conservador do *status quo*. A partir da admissão da responsabilidade objetiva como critério distributivista de justiça social (e quando a responsabilidade objetiva nascia a *forceps* os defensores da culpa escandalizavam-se), chegou-se à convicção de que é a solidariedade o verdadeiro fundamento ético-jurídico da reparação das vítimas, entendendo-se justo e adequado que a comunidade arque com o ônus, por meio de mecanismos de transferência, como o seguro ou simplesmente a internalização dos custos.

Conectado aos princípios da dignidade e da solidariedade está o valor social da livre iniciativa. A Constituição Federal de 1988 ressignificou o conceito liberal de livre iniciativa. Já não se trata simplesmente da permissão de empreender por conta própria, como exercício natural da individualidade, e competir livremente com os pares do mercado. Em dois preceitos a livre iniciativa é referida no texto constitucional: como um dos fundamentos republicanos (“os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, art. 1º, IV) e também da ordem econômica, “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” (art. 170, *caput*).

A ordem econômica como *dever ser* somente se completa com a legislação infraconstitucional, como afirma Eros Grau⁵⁴. Com efeito, a livre iniciativa somente poderá revelar o seu valor social (ou valores sociais) em situações verificadas concretamente, no nível da realização imediata do direito extraído da aplicação da norma tangente à realidade. É então que se saberá se as empresas deverão ou não indenizar os danos causados pelos produtos postos em circulação, e se essa obrigação realiza o princípio do valor social da livre iniciativa, integrando-se, portanto, à ordem constitucional idealizada na Constituição. A interpretação do texto do art. 931, à luz dos princípios constitucionais, vai revelar o teor da norma nele contida⁵⁵.

Ao se referir, no plural, aos “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, IV), a Constituição imanta ambos, trabalho e livre iniciativa, de valor social. A livre iniciativa “não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso”⁵⁶. Nesse sentido, “o uso da expressão ‘valores sociais’ evoca uma ideia de transindividualidade: o fundamento da República não é constituído apenas pela livre iniciativa e pela valorização do trabalho, mas também, e especialmente, pela repercussão social de ambas figuras”⁵⁷.

A pergunta que se põe, portanto, é se a possibilidade fática e jurídica de produzir e comercializar cigarros é bastante em si própria. Ou se será preciso levar em conta os efeitos que essa atividade produz na comunidade⁵⁸. A resposta

⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. Comentário ao artigo. 170, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva-Almedina, 2013. p. 1788.

⁵⁵ “Não se interpreta normas. O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos normativos resultam as normas” (GRAU, E. R. Ob. cit., p. 1789); “O produto da interpretação é a norma. Mas ela já se encontra, potencialmente, no *invólucro do texto normativo*” (Id. ib., p. 1790; grifo do autor).

⁵⁶ GRAU, E. R. Ob. cit., p. 1791.

⁵⁷ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. Comentário ao artigo 1º, IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva-Almedina, 2013. p. 134.

⁵⁸ Embora não possa ser considerado um precedente na matéria, cabe citar o acórdão em que o Supremo Tribunal Federal manteve a cassação administrativa da licença especial de uma fábrica de cigarros que sonegara impostos em vultosa quantia. A Corte levou deu prevalência ao direito à saúde, afetado pelo tabaco, em detrimento da livre iniciativa. Na ocasião, disse o Ministro Ayres Brito: “[...] pelos efeitos nocivos à saúde dos consumidores do tabaco, é um tipo de atividade que muito dificilmente se concilia com o princípio constitucional da função social da propriedade. [...] Por outra parte, ela parece mesmo se contrapor a uma política pública explícita na Constituição Federal. Quero me referir ao art. 196, *caput*, que faz da saúde pública um dever do Estado, exigente de políticas sociais e econômicas

está nos princípios constitucionais que se acabam de considerar, indicativos da revelação do grande potencial normativo do art. 931. Daí se pode extrair um novo regime de responsabilidade civil, adequado aos tempos atuais. Não se trata, em absoluto, de uma criação original, pois dele já tratam alguns autores. No Brasil, Giselda Hironaka é legítima representante dessa vanguarda de pensamento, com a sua tese da responsabilidade pressuposta, calcada no conceito *mise en danger*. A finalidade, segundo a autora, não é evitar todo e qualquer perigo decorrente de produtos no mercado, mas diminuir os danos, reduzindo o custo social que eles acarretam. A responsabilidade pressuposta se caracterizaria por uma potencialidade de dano de grave intensidade, contida em uma determinada atividade, insuscetível de ser inteiramente eliminada, não obstante toda a diligência que se pudesse adotar. O risco de dano deveria ter alta probabilidade de ocorrer e elevada intensidade quanto ao índice de ocorrências. Uma vez estabelecido o nexo causal entre o dano e a atividade perigosa, o executor da atividade seria considerado responsável pela reparação, sem qualquer abertura a causas exonerativas⁵⁹.

A leitura do art. 931 à luz dos princípios da dignidade humana, da solidariedade e do valor social da livre iniciativa é coerente com a evolução universal da responsabilidade civil, no sentido de assegurar às vítimas o direito à reparação.

CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor considera passíveis de prevenção por informação os riscos decorrentes do uso normal e previsível, conforme o uso próprio à natureza e fruição do produto. O tabaco situa-se em patamar mais elevado de danosidade social: é um produto altamente nocivo à saúde. Por isso, caracteriza-se como defeituoso, não por falta de informação, que jamais será suficiente para evitar danos inerentes à sua natureza, mas por sua concepção.

O direito à indenização dos fumantes também pode realizar-se pela via do art. 931 do Código Civil, que dialoga com o Código de Defesa do Consumidor pela cláusula de abertura sistemática deste último (art. 7º, *caput*, do CDC), nada obstante a ressalva daquele que manteve a integridade das leis especiais no

de redução do risco da doença e doutros agravos à saúde" (STF, Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 1.657-6/RJ, Pleno, Rel. p/o Ac. Min. Cezar Peluso, 27.07.2007).

⁵⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas* – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

campo da responsabilidade civil. O art. 931 do CC dispensa a caracterização de defeito para obrigar a empresa a indenizar danos causados pelos produtos que lança no mercado. Sua interpretação deve ser feita à luz dos princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade humana e do valor social da livre iniciativa.

Embora se trate de produto altamente nocivo à saúde, e, portanto, perigoso para a vida humana, não se pode imaginar a proibição do tabaco quando é abertamente discutida a legalização da maconha. Porém, a crença de que o conhecimento da nocividade do tabaco é bastante para justificar a imunidade civil dos fabricantes de cigarro serviu para criar um conjunto de empresas irresponsáveis pelos danos que causam aos adeptos dos seus produtos. A sociedade vem pagando a conta desse lucro sem contrapartida. Não é hora de mudar?

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. A causalidade nas ações indenizatórias por danos atribuídos ao consumo de cigarros. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *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.

ANDRIGHI, Fátima Nancy; ANDRIGHI, Vera Lúcia; KRÜGER, Cátia Denise Gress. Responsabilidade civil objetiva da indústria fumageira pelos danos causados a direito fundamental do consumidor de tabaco. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Comentários aos artigos 8º a 17. In: CRETELLA JÚNIOR, José; DOTTL, René Ariel (Coord.); ALVES, Geraldo Magela (Org.). *Comentários ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

BARBOSA, Fernanda Nunes; ANDREIS, Mônica. O argumento da culpa da vítima como excludente da responsabilidade civil da indústria do cigarro: proposta de reflexão. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 82, p. 60-83, abr./jun. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. Comentário ao artigo 1º, IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva-Almedina, 2013.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Comentários aos artigos 12 a 27. In: OLIVEIRA, Juarez (Coord.). *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

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

_____. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

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

DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DELLA GIUSTINA, Vasco. *Responsabilidade civil dos grupos*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

DENARI, Zelmo. Comentários ao artigo 9º. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. São Paulo: Forense, 2004.

DIAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código Civil. *Revista do TST*, v. 76, n. 1, jan./mar. 2010.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Org. Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GRAU, Eros Roberto. Comentário ao artigo 170, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva-Almedina, 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 2001.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela do consumidor diante das noções de produto e serviço defeituosos: a questão do tabaco. *Revista Jurídica*, n. 370, ago. 2008.

MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo diálogo das fontes. In: PFEIFFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto (Coord.). *Código de Defesa do*

Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MULLHOLAND, Caitlin Sampaio. A responsabilidade civil e a causalidade alternativa. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Temas de responsabilidade civil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

OLIVEIRA, Amanda Flávio. *Direito de (não) fumar: uma abordagem humanista.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

OYAGUE, Olenka Woolcot. *La responsabilidad del productor: estudio comparativo del modelo norteamericano y el régimen de la Comunidad Europea.* Lima/Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor e a defesa do fornecedor.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STOCO, Rui. A responsabilidade civil. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O novo código civil: homenagem ao Professor Miguel Reale.* 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente.* Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República.* Rio de Janeiro: Renovar, v. II, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WESENDONCK, Tula. O regime da responsabilidade civil pelo fato dos produtos postos em circulação: uma proposta de interpretação do artigo 931 do Código Civil sob a perspectiva do direito comparado. Tese doutoral defendida na PUCRS, 2013, inédita.

