

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 49 • nº 193
janeiro/março – 2012

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Tabagismo, livre arbítrio e dignidade da pessoa humana

Parâmetros científicos e dogmáticos para (re)pensar a jurisprudência brasileira sobre o tema

Marília de Ávila e Silva Sampaio

Sumário

I - Introdução. II - Moldura constitucional do debate: dignidade da pessoa humana, proteção à vida e à saúde e a liberdade de realização de escolhas pelo indivíduo. III - Livre arbítrio, tabagismo e nexos de causalidade no dever de indenizar: quando a doutrina e jurisprudência desconsideram as evidências científicas. IV - Livre arbítrio sob a ótica da jurisprudência brasileira. V - Conclusão.

I - Introdução

A discussão judicial acerca da responsabilidade civil das indústrias do tabaco encontra-se fortemente marcada por uma postura contrária aos interesses das vítimas do uso do cigarro, negando-se o direito à indenização ao fumante ou sua família¹. Os argumentos mais utilizados nas decisões judiciais contrárias aos pedidos das vítimas do uso do tabaco são de que *i)* o fumante tem conhecimento dos efeitos deletérios

Marília de Ávila e Silva Sampaio é Juíza de Direito titular da 14ª Vara Cível de Brasília do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Especialista em Direito Privado e em Direito Administrativo pela Universidade Católica de Brasília - UCB. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UNB. Doutoranda em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB.

¹ Em pesquisa realizada entre os anos de 2006/2007 pela Associação de Controle do Tabagismo - ACT, Coordenada por Clarissa Menezes Homsí, apurou-se que, em segundo grau de jurisdição da justiça estadual, de 56 decisões analisadas na pesquisa, uma foi totalmente favorável ao autor e quatro foram parcialmente favoráveis. As demais foram desfavoráveis ao autor. No total da pesquisa, 98 decisões são desfavoráveis ao autor, "seja ele fumante ou familiar, de acordo com a análise relativa ao período de pesquisa". Incluídas as decisões analisadas em janeiro e fevereiro de 2008, tem-se 101 decisões favoráveis à indústria do tabaco. (HOMSI, 2008, p. 26-27)

do cigarro em sua saúde, fazendo uso do produto no exercício de seu direito de liberdade e livre arbítrio; *ii*) a nicotina não retira do fumante sua capacidade de abandonar o hábito de fumar; *iii*) a propaganda acerca do produto não é deficiente, pois não incentiva as pessoas a fumarem; *iv*) o cigarro não é um produto defeituoso e, sim, um produto perigoso, não havendo nexo de causalidade entre os males alegados e o uso do cigarro; *v*) também não há nexo de causalidade a ensejar o dever de indenizar, diante da culpa exclusiva da vítima/consumidor e, por fim, *vi*) a atividade desenvolvida pelo fabricante de cigarros é lícita e autorizada pelo Estado, não havendo conduta culpável a ser imputada ao fabricante de cigarros.

Entre os muitos argumentos acima listados, destaca-se o de que os malefícios causados pelo fumo são de responsabilidade exclusiva do fumante, o qual deve arcar com as consequências de suas escolhas, uma vez que decorrentes do direito constitucionalmente tutelado de liberdade do indivíduo na esfera privada. Assim, sustenta a jurisprudência que a culpa exclusiva do fumante excluiria o nexo de causalidade e, portanto, a obrigação de indenizar os prejuízos experimentados pelo uso do cigarro, na medida em que as decisões de começar a fumar e, sobretudo, de parar de fumar seriam decisões afetas exclusivamente à vontade do fumante, pois, se a publicidade é suficiente para esclarecer dos malefícios do produto, o fumante deve assumir os riscos de suas escolhas². Na visão de tais

² Confirmam-se dois precedentes recentes do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema: a) "RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. FUMANTE. EXERCÍCIO DO LIVRE-ARBÍTRIO. RUPTURA DO NEXO DE CAUSALIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 NÃO CONFIGURADA. (...) 2. É incontroverso nos autos que o Autor começou a fumar nos idos de 1988, mesmo ano em que as advertências contra os malefícios provocados pelo fumo passaram a ser veiculadas nos maços de cigarro. 3. Tal fato, por si só, afasta as alegações do Recorrido acerca do desconhecimento dos malefícios causados pelo hábito de fumar, pois, mesmo assim, com as advertências, explicitamente estampadas nos

maços, fumar é um hábito e não um vício que pode ser abandonado a depender da força de vontade do fumante.

Ocorre que as pesquisas científicas no campo da saúde comprovam o que há muito a indústria do tabaco já sabia: a nicotina é uma poderosa droga, causadora de dependência físico-química, com efeitos semelhantes aos de outras drogas ilícitas como a heroína e a cocaína, tendo recebido o tratamento de doença crônica epidêmica pela Organização Mundial de Saúde. Assim, não há como se limitar a discussão do tema a uma simples questão de escolha ou não do fumante, pois não se pode desconsiderar a influência da dependência física causada pela nicotina nesse processo.

O presente artigo não busca defender ou atacar a indústria do tabaco ou propugnar pela proibição da comercialização do tabaco ou pela restrição à liberdade de fumar, mas, sim, alertar para a falsa premissa em que se baseiam as decisões judiciais que tratam a questão do tabagismo como uma mera decisão do fumante, diante de algo que, a despeito de todas as evidências científicas irrefutáveis, vem sendo tratado como um simples hábito dentro do espectro de liberdade individual assegurado pela Constituição. Bem assim, e na esteira dos

maços, Miguel Eduardo optou por adquirir, espontaneamente, o hábito de fumar, valendo-se de seu livre-arbítrio." (Resp 886347/RS; 4ª Turma; Relator: Min. Honildo Amaral de Mello Castro; DJe de 08/06/2010); b) "RESPONSABILIDADE CIVIL. TABAGISMO. AÇÃO REPARATÓRIA AJUIZADA POR FAMILIARES DE FUMANTE FALECIDO. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. PRODUTO DE PERICULOSIDADE INERENTE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DEVER JURÍDICO RELATIVO À INFORMAÇÃO. NEXO CAUSAL INDEMONSTRADO. TEORIA DO DANO DIREITO E IMEDIATO (INTERRUPÇÃO DO NEXO CAUSAL). IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. (...) 6. Em realidade, afirmar que o homem não age segundo o seu livre-arbítrio em razão de suposta 'contaminação propagandista' arquitetada pelas indústrias do fumo é afirmar que nenhuma opção feita pelo homem é genuinamente livre, porquanto toda escolha da pessoa, desde a compra de um veículo a um eletrodoméstico, sofre os influxos do meio social e do *marketing*. É desarrazoado afirmar-se que nessas hipóteses a vontade não é livre" (SALOMÃO, 2010).

argumentos expendidos pelos estudos técnico-científicos acerca do tema, demonstrar que pela teoria do risco, adotada pelo CDC em relações de consumo, existe, sim, a possibilidade de responsabilização das indústrias de tabaco por prejuízos causados aos fumantes e sua família, na medida em que quem cria o risco de dano tem o dever de reparar o prejuízo causado.

Conforme afirmou a Desembargadora Mônica Maria Costa (2011), do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação Cível 0000051-90.2002.8.19.0210, decisão essa que reconheceu o direito à indenização por danos morais causados à família da vítima, fumante por mais de 35 anos, e que veio a óbito em razão de um câncer de cavidade oral com metástase cervical: “a aviltante licitude da atividade de cultivo, industrialização e comercialização do fumo não pode afastar a responsabilização pelos danos causados pelo consumo do produto, assim como ocorre com qualquer bem comercializado no mercado”.

II – Moldura constitucional do debate: dignidade da pessoa humana, proteção à vida e à saúde e a liberdade de realização de escolhas pelo indivíduo

Qualquer discussão de direito civil hoje deve ser enquadrada na moldura constitucional de tratamento do tema, sobretudo no que concerne aos valores constitucionalmente previstos, aplicáveis na releitura dos institutos do direito civil. No caso da responsabilidade civil das indústrias do tabaco, a discussão não poderia ter contornos diferentes. Conforme expõe Pietro Perlingieri, a doutrina do direito civil na legalidade constitucional impõe ao civilista um vasto e sugestivo programa de estudos, com vistas à concretização de objetivos específicos, quais sejam,

“individuar um sistema de direito civil harmonizado com os valores constitucionais e, antes de tudo, ao valor da pessoa humana; redefinir os

fundamentos, as *rationes* e assim as extensões dos institutos, ressaltando-lhes seus perfis funcionais; adequar as técnicas e os conceitos tradicionais e sobretudo renovar *funditus* a argumentação jurídica, propondo uma teoria da interpretação respeitosa da legalidade constitucional” (PERLINGIERI, 2008b, p. 8).

O mesmo autor explica que, “em um ordenamento complexo como o vigente, caracterizado pela indiscutível supremacia das normas constitucionais, estas não podem deixar de ter uma posição central. De tal centralidade deve-se partir para a individuação dos princípios e dos valores sobre os quais construir o sistema.” (PERLINGIERI, 2008a, p. 217).

De início, a Constituição estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, sendo um valor inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, mas que ao mesmo tempo é limite e tarefa dos poderes estatais. Conforme preleciona Ingo Sarlet,

“como tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa humana reclama que este guie suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade, sendo, portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (...)” (SARLET, 2001, p. 108).

De igual modo, a Constituição Federal garante o direito à vida, sendo este o direito fundamental mais importante de todos, na medida em que é pré-requisito para o exercício de todos os demais direitos, bem como garante o direito à saúde, como di-

reito de todos e dever do Estado, devendo este garantir, por meio de políticas sociais e econômicas, a redução do risco de doenças e outros agravos, nos termos do seu art. 196.

Na dicção de Pietro Perlingieri, “a centralidade do valor da pessoa impõe reler as relações econômicas e, sobretudo, aquelas macroeconômicas, em sua chave moderna, onde a tutela da saúde, o meio ambiente, a paisagem são indispensáveis para o total desenvolvimento da pessoa” (PERLINGIERI, 2008a, p. 57).

Sobre a proteção constitucional do direito à saúde, resume Flavia Piovesan seus marcos principais em 4, a saber, *i*) o direito à saúde submete-se ao regime jurídico dos direitos fundamentais; *ii*) é salvaguardado por cláusula pétrea; *iii*) demanda do Estado o dever de adotar medidas que visem à redução do risco de doença e outros agravos; e *iv*) requer serviços para sua promoção, proteção e recuperação (PIOVESAN, 2011, p. 118).

Assim, diante da inafastável aplicação do regramento constitucional, reconhecendo no centro do sistema a dignidade do homem e conseqüentemente mudando o ponto de vista axiológico na discussão do tema em exame, forçoso é concluir com Perlingieri que, “em uma sociedade como a atual, torna-se árduo, se não impossível, individuar um interesse privado que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse chamado público” (PERLINGIERI, 2008a, p. 144).

Não nos parece, pois, ser sustentável, sem sofrer sérias críticas, por ser uma meia verdade, a posição de Teresa Ancona Lopes, ao afirmar que

“a interferência do público no privado, que começou com as restrições, de todos os tipos, ao fumo (e as conseqüentes ações contra esta indústria), veio mexer com a capacidade das pessoas de responderem, no uso da liberdade, por suas escolhas; perceberam os cidadãos que cabia ao Estado avaliar se suas condutas haviam sido perigosas, mesmo que no uso do livre

arbitrio. Ao Estado só cabe definir as políticas públicas de cada segmento e nunca interferir na vida íntima da família, onde caberá a seus membros decidir o que é melhor para cada qual” (LOPES, 2008, p. 15-16).

Ao contrário, ao Estado se impõe não somente a tarefa de estabelecer políticas públicas de controle e informação acerca dos malefícios do tabagismo, como, na hipótese de dano à saúde, tutelar o direito da vítima³, pois, como se verá no próximo tópico, fumar não é simplesmente um hábito. É uma doença crônica, responsável pelo maior número de mortes evitáveis por todo o mundo.

Merece registro, pela precisão e coerência, a opinião de Luiz Guilherme Marinoni, de que, “por lógica, se o Estado tem o dever de proteger a saúde e segurança da população, não há como aceitar que ele possa autorizar a venda de um produto que reconhece nocivo ou perigoso, sem que essa autorização seja fundada na necessidade de proteção da própria sociedade” (MARINONI, 2008, p. 37).

A ideia de que o fumante, no exercício de seu livre arbítrio, deve responder pelas conseqüências de suas escolhas, sendo-lhe negada a reparação dos prejuízos causados

³ Sobre a proteção do direito à vida, merece registro a decisão do Tribunal Constitucional Alemão, na BVERFGE 39, que, ao tratar da questão da criminalização do aborto, assim se posicionou acerca do direito à vida e do dever de proteção do Estado: “O dever de proteção do Estado é abrangente. Ele não só proíbe – evidentemente – intervenções diretas do Estado na vida em desenvolvimento, como também ordena ao Estado posicionar-se de maneira protetora e incentivadora diante dessa vida, isto é, antes de tudo protegê-la de intervenções ilícitas provenientes de terceiros. Cada ramo do ordenamento jurídico deve orientar-se por esse mandamento, conforme sua respectiva definição de tarefas. O cumprimento do dever de proteção do Estado deve ser tão mais conseqüentemente perseguido quanto mais elevado for o grau hierárquico do bem jurídico em questão dentro da ordem axiológica de *Grundgesetz*. Dispensando maiores fundamentações, a vida humana representa um valor supremo dentro da ordem da *Grundgesetz*, é a base vital da dignidade humana e o pressuposto de todos os demais direitos fundamentais.” (Apud SCHWABE, 2005, p. 269)

pelo consumo do tabaco, subverte toda a moldura de proteção constitucional, desconsiderando sua pauta axiológica, sob o falso argumento de que o fumante possui livre arbítrio, ou seja, uma escolha livre de condicionantes externas, quanto ao vício do cigarro.

É esse o aspecto que será abordado no próximo item.

III – Livre arbítrio, tabagismo e nexos de causalidade no dever de indenizar: quando a doutrina e jurisprudência desconsideram as evidências científicas

Em parecer encomendado pela empresa Souza Cruz S.A, Álvaro Villaça Azevedo afirma que

“a dependência física ou psicológica até pode enfraquecer o poder de recusa, até pode dificultar a decisão do usuário da substância de decidir não mais consumi-la, ante a necessidade sentida pela pessoa dependente. Porém, essa dificuldade é inerente aos seres humanos que estão acostumados a consumir substâncias que lhes proporcionam prazer” (AZEVEDO, 2009, p. 71).

Em outro artigo, também encomendado, Gustavo Tepedino, citando opinião de Paulo Maximilian Wilhelm Schonblum, afirma que

“a questão do hábito no assunto em estudo é extremamente importante, levando-se em conta que não há vício ou dependência do cigarro e sim um hábito prazeroso, e, por isso mesmo, difícil de ser abandonado. A realidade do dia a dia, cientificamente comprovada por diversos estudos, denota que é possível parar de fumar, mesmo considerando todas as características da nicotina” (TEPEDINO, 2009, p. 230).

Não obstante tais opiniões⁴, as pesquisas realizadas tanto pelas empresas produtoras

de cigarros como por cientistas ligados à área de saúde pública demonstram cabalmente que o tabagismo é uma doença crônica⁵, sendo catalogado na Classificação Internacional de Saúde (CID - 10), sob o código F.17 - “transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de fumo - síndrome de dependência”⁷.

V. Benjamim acerca do que chamou de “indústria do parecer”, que descreveu da seguinte forma: “o fenômeno é simples e bastante eficiente. Aproveitando-se de seu poder econômico e de articulação, os fornecedores e degradadores, sempre que desafiados judicialmente, contratam pareceres dos mais renomados juristas do país, preferencialmente de professores do julgador ou de ex-integrantes do tribunal competente para julgar eventual recurso. Num país em que a doutrina vale mais do que um precedente judicial no *common law*, bem se pode ver o impacto extraordinário dessa prática censurada” (BENJAMIM, 1995, p. 149).

⁵ O tabagismo é considerado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) a principal causa de morte evitável em todo o mundo. A OMS estima que um terço da população mundial adulta, isto é, 1 bilhão e 200 milhões de pessoas (entre as quais 200 milhões de mulheres), seja fumante. Pesquisas comprovam que aproximadamente 47% de toda a população masculina e 12% da população feminina no mundo fumam. Enquanto nos países em desenvolvimento os fumantes constituem 48% da população masculina e 7% da população feminina, nos países desenvolvidos a participação das mulheres mais do que triplica: 42% dos homens e 24% das mulheres têm o comportamento de fumar” (TABAGISMO, [2004?])

⁶ “Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de fumo - intoxicação aguda - Estado conseqüente ao uso de uma substância psicoativa e compreendendo perturbações da consciência, das faculdades cognitivas, da percepção, do afeto ou do comportamento, ou de outras funções e respostas psicofisiológicas. As perturbações estão na relação direta dos efeitos farmacológicos agudos da substância consumida, e desaparecem com o tempo, com cura completa, salvo nos casos onde surgiram lesões orgânicas ou outras complicações. Entre as complicações, podem-se citar: traumatismo, aspiração de vômito, delirium, coma, convulsões e outras complicações médicas. A natureza destas complicações depende da categoria farmacológica da substância consumida assim como de seu modo de administração.” (Transtornos..., c2009)

⁷ Em artigo intitulado *Características psicológicas associadas ao comportamento de fumar tabaco*, Regina de Cássia Rondina e outros (RONDINA; GORAYEB; BOTELHO, 2007), todos pesquisadores da área de saúde, concluíram que “Cerca de 70% dos fumantes querem parar de fumar, mas poucos conseguem ter sucesso, sendo que a maior parte deles precisa de cinco a sete tentativas antes

⁴ Merece registro aqui a denúncia feita pelo hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça Antonio Herman

Segundo concluiu Lucio Delfino (2008, p. 373), em seu livro *responsabilidade civil e tabagismo*, “do mesmo modo que um hipertenso necessita adotar novos hábitos, sem abrir mão do auxílio de remédios, a maioria dos fumantes também necessita de ajuda, não bastando apenas sua força de vontade para que abdique do vício do cigarro. Numa única frase: o tabagismo não é só causa doenças como também é em si uma doença”.

E tudo isso em razão da presença de nicotina, que é a responsável pela “dependência química que escraviza o usuário”. Segundo o médico Dráuzio Varella ([200-?]), “não existisse nicotina nas folhas

de deixar o cigarro definitivamente. A dependência à nicotina é uma desordem complexa e difícil de ser superada. A motivação para deixar o hábito é um dos fatores mais importantes na cessação do tabagismo e está inter-relacionada a uma gama de variáveis hereditárias, fisiológicas, ambientais e psicológicas. Além da motivação, o fumante terá que enfrentar alguns fatores que dificultam o processo. Dentre esses, a intensidade da síndrome de abstinência é uma das principais causas que contribui para a manutenção do vício. Os sintomas variam em intensidade entre as pessoas e iniciam-se, geralmente, dentro de algumas horas após a interrupção, aumentando nas primeiras 12h e atingindo o auge no terceiro dia. O desconforto piora ao anoitecer, e as maiores queixas referem-se à compulsão aumentada, irritabilidade, ansiedade, dificuldade de concentração, agitação, sensação de sonolência ou embotamento, bem como reações de hostilidade. Tais alterações podem ser observadas por 30 dias ou mais, mas os sintomas de compulsão podem durar por muitos meses ou anos. Outro grande obstáculo é o grau de dependência nicotínica. Quando o fumante atinge seis ou mais pontos no teste de Fagerström (grau de dependência elevado ou muito elevado), é considerado como fumante pesado. Os fumantes pesados geralmente fumam o primeiro cigarro antes de 30min após acordar, têm a percepção de dificuldade de abandonar o vício, e pouca autoconfiança. Dentre as diversas formas de abordagens para esses pacientes, destaca-se a necessidade do fortalecimento da motivação, sem a qual esses pacientes não conseguirão deixar de fumar. Muitos deles afirmam que estão querendo parar de fumar; porém, na verdade, esse desejo expresso verbalmente não traduz com fidelidade seus verdadeiros sentimentos em relação ao tabagismo, pois não estão devidamente motivados para tal ato. O ganho de peso também se apresenta como fator que dificulta o abandono do hábito. Estudos clínicos e epidemiológicos relatam que os fumantes pesam menos que os não fumantes e ganham peso quando param de fumar. A

de fumo, o cigarro daria tanta satisfação quanto fumar um pé de alface”⁸

Ainda Lucio Delfino esclarece que,

“se comparada com a cocaína, heroína, maconha, álcool e outras drogas, devido a sua maior toxidez e letalidade, capacidade de desenvolver dependência mais intensa, por ser mais difundida, e de fácil acesso aos adolescentes, a nicotina classifica-

maioria dos estudos mostra que o uso da nicotina produz período de perda de peso (ou redução do ganho de peso), assim como a cessação do uso da droga leva a um período agudo de ganho de peso, seguido pelo retorno a níveis semelhantes aos observados nos controles. Ganhar peso em excesso acompanha, geralmente, alterações dos padrões de comportamento e personalidade, freqüentemente manifestadas sob a forma de depressão, abstinção, autopenicção, irritabilidade e agressão. O ganho de peso ao aumento do estresse intensifica o impulso de ingerir alimento, mantendo o círculo vicioso. No momento, são três as teorias explicativas mais aceitas para a relação tabagismo e peso corporal: a) aumento da taxa metabólica, com maior gasto de energia pelos fumantes; b) diferenças na qualidade e quantidade dos alimentos ingeridos pelos fumantes; e c) ação redutora do apetite, via nicotina.”

⁸ “O cigarro é um dispositivo projetado para administrar partículas de nicotina dispersas na fumaça. Absorvida nos alvéolos pulmonares, a droga cai na circulação e chega ao cérebro em velocidade vertiginosa: 6 a 10 segundos. Sabe Deus por que capricho, os neurônios de algumas áreas cerebrais possuem pequenas antenas (receptores) às quais a nicotina se liga. A ligação com os receptores abre canais na membrana desses neurônios, através dos quais transitarão diversos neurotransmissores, substâncias que interferem com a intensidade dos estímulos que trafegam de um neurônio para outro. Um deles é a dopamina, mediador associado às sensações de prazer e à compulsão que nos faz repetir as experiências que as proporcionaram, sejam sexuais, gustativas ou induzidas artificialmente por drogas psicoativas como cocaína ou maconha. A nicotina induz prazer e reduz o estresse e a ansiedade. O intervalo entre as tragadas é ajustado na medida exata para controlar a excitação e o humor. Fumar melhora a concentração, a prontidão das reações e a performance de algumas tarefas. A simples manipulação do maço, o gosto, o cheiro e a passagem da fumaça pela garganta são suficientes para trazer bem estar ao dependente. A razão mais importante para esses benefícios é o simples alívio dos sintomas da síndrome de abstinência. *Das drogas conhecidas, nenhuma causa abstinência mais avassaladora: irritabilidade, agitação, mau humor, ansiedade crescente e anedonia, a incapacidade de sentir prazer.*” (grifo nosso) (VARELLA, [200-?])

-se em primeiro lugar. (...) Para os tabagistas, é assaz difícil abandonar o tabaco, justamente devido à dependência implantada em seus organismos pelo consumo da nicotina. Há inúmeros registros indicando que os desejosos de parar em cessar a prática do tabagismo, valendo-se apenas desse desejo, quase sempre fracassam em suas empreitadas, essas que se repetem por várias e várias vezes, sem alcançar o sucesso esperado” (DELFINO, 2008, p. 376).

É precisamente nesse contexto que se apresenta a discussão acerca do livre arbítrio do fumante. Por livre arbítrio pode se entender

“a faculdade do homem de determinar-se a si mesmo, ou o poder de escolher com autonomia suas ações. O livre arbítrio garantiria, portanto, a cada indivíduo a capacidade de comportar-se de acordo com seu próprio alvedrio, *independente de qualquer interferência externa.*” (grifo nosso) (GUIMARÃES JUNIOR. 2011, p. 136).

Ocorre que historicamente a indústria do cigarro tratou de desmentir o fato de que nicotina causasse dependência química, bem como de esconder os resultados das pesquisas acerca dos devastadores efeitos do uso contínuo dessa substância, sobretudo se associada a outras substâncias igualmente nocivas, como é o caso do alcatrão e da amônia. Também não há uma disseminação equitativa das pesquisas acerca das doenças associadas ao consumo do tabaco e as práticas engendradas pelas empresas produtoras de disseminação da cultura de que o tabaco é uma substância socialmente aceita.

No julgamento do processo *Estados Unidos x Philip Morris*, a Juíza Gladis Kessler (2008, p. 18) reconheceu e documentou a fraude perpetrada por anos pelos fabricantes de cigarros nos Estados Unidos. Em sua sentença, afirma que

“desde 1950, décadas antes da comunidade científica, os réus perceberam,

graças a suas pesquisas, que a nicotina é uma droga viciante, que os fabricantes de cigarros lidam com drogas e que os cigarros são veículos de administração de drogas (...) graças a suas pesquisas internas e externas, os réus dispunham de informações que os levaram a concluir, bem antes das agências de saúde pública, que a principal razão por que as pessoas fumam é para obter nicotina, uma droga viciante. Os réus ocultaram esses dados intencionalmente (...) o memorando interno do *Tobacco Institute* de 9 de setembro de 1980 alerta que, se as empresas-membro reconhecessem publicamente que a nicotina é viciante, isto anularia seu argumento de defesa – que a decisão de fumar é de ‘livre arbítrio’”.

Nas palavras de Lucio Delfino (2008, p. 367), “não há como ignorar o caráter pérfido da postura assumida pela indústria do tabaco, omitindo e negando conhecimentos que possuía sobre os malefícios do tabagismo”, cuja publicidade jamais teve caráter informativo ou esclarecedor. A publicidade acerca do tabaco pode ser classificada como abusiva, na medida em que classificada como antiética. Segundo ensina Geraldo Farias Martins Costa (2002, p. 62),

“o princípio da não abusividade, instituído no art. 37, § 2º do CDC, está relacionado com a proteção dos valores morais mais caros à sociedade. (...) Valores e princípios, como a igualdade das pessoas, a tranquilidade, a paz de espírito, a defesa do meio ambiente, os direitos da criança, do adolescente e da mulher, os padrões sociais e estéticos, as tradições culturais, históricas e religiosas etc., não devem ser atingidos pelo exercício ao direito à publicidade.”

A conclusão acerca do exercício do livre arbítrio do fumante no início da prática do consumo do cigarro não poderia ser outra, conforme adverte a Ministra Nancy Andri-

ghi (ANDRIGHI; ANDRIGHI; KRUGER, 2011, p. 369):

“a escolha de fumar não decore necessariamente do exclusivo livre arbítrio. Isso por que a indústria fumageira não tratou historicamente de advertir o fumante a respeito de seus componentes, no sentido de que poderiam causar-lhe dependência e danos graves à saúde, inclusive morte.”

Os estímulos externos para o consumo do tabaco tiram o caráter de livre arbítrio do fumante, sobretudo quando não há, mesmo nos dias de hoje, informação adequada acerca dos reais efeitos do cigarro e de seus componentes químicos. A dependência química faz do fumante um viciado e, “onde há vício, não há livre arbítrio; onde há livre arbítrio não há vício” (GUIMARÃES JUNIOR, 2011, p. 136).

Isso tudo sem se mencionar os efeitos deletérios do tabaco na saúde dos não fumantes ou dos chamados fumantes passivos, principalmente bebês e crianças pequenas, pois, nessas circunstâncias, não há escolha acerca de inalar ou não a fumaça tóxica e comprovadamente cancerígena emanada do cigarro. As indústrias do tabaco, desde a década de 70, reconhecem que poluição tabagística ambiental – PTA é a conexão entre fumantes e não fumantes e que a fumaça ambiental do cigarro contém altas concentrações de carcinógenos, representando um sério risco para a saúde dos não fumantes, segundo dados coletados pela Juíza Kessler, no processo Estados Unidos x Philip Morris.

Segundo Lucio Delfino Alberto Magno (2008, p. 378), “era livre o homem que é causa de si e que não é coagido pelo poder do outro”. E segue o mesmo autor em conclusão à questão do livre arbítrio:

“frente ao cigarro, o homem não é causa de si, coagido que foi e é pelo influente poder econômico da indústria do tabaco, que, além de seduzi-lo a experimentar um produto mortífero, acaba por transformá-lo num

doente crônico, instalando em seu organismo uma dependência que, no mais das vezes, o impede de abdicar do tabagismo pelo simples exercício de sua vontade.”

IV – Livre arbítrio sob a ótica da jurisprudência brasileira

Quando o assunto é a responsabilidade civil das indústrias do tabaco, diante dos enormes prejuízos causados pelo consumo dessa substância, lamentavelmente o Poder Judiciário brasileiro “tem sido fortemente influenciado pelos argumentos da indústria e, inúmeras vezes julgam com base no senso comum. Qualquer iniciado no controle do tabagismo choca-se com os argumentos utilizados pelo Judiciário, totalmente contrários ao que hoje se sabe sobre a indústria e o cigarro”. A essa conclusão chegou Paula Jonhs, diretora executiva da aliança de controle do tabagismo, ao apresentar a pesquisa sobre ações judiciais indenizatórias promovidas contra a indústria do tabaco no Brasil.

A referida pesquisa concluiu ainda que a alegação de culpa exclusiva da vítima ou o livre arbítrio do autor para optar por fumar estão entre os fundamentos mais frequentes para excluir o dever de indenizar da indústria: “juntos, somam oitenta e três (83) ocorrências e aparecem em todos os estados” (HOMSI, p. 40).

Tome-se como parâmetro a *ratio decidendi* do voto do Ministro Luis Felipe Salomão (2010, grifo nosso), no Resp 1113804/RS, no qual afirma que,

“diante dos antecedentes históricos aqui citados, e também levando-se em conta o projeto de vida em sociedade criado pelo próprio homem, não se pode emprestar às propagandas de cigarro, praticadas há décadas, um valor absolutamente decisivo na escolha da pessoa em se enveredar pelo tabagismo. É negar que o homem é protagonista de sua própria vida, relegando-o a posição de

somenos importância, de simples massa de manobra em prol de desideratos de indústrias sedentas por lucros. Em realidade, afirmar que o homem não age segundo o seu livre-arbítrio em razão de suposta 'contaminação propagandista' arquitetada pelas indústrias do fumo é afirmar que nenhuma opção feita pelo homem é genuinamente livre, porquanto toda escolha da pessoa, desde a compra de um veículo a um eletrodoméstico, sofre os influxos do meio social e do marketing. É desarrazoado afirmar-se que nessas hipóteses a vontade não é livre."

É fato que o referido acórdão apresentou outros fundamentos agregados à conclusão de que o ato de fumar é uma opção genuinamente livre do homem, incluindo farta pesquisa histórica sobre as origens do "hábito" de fumar. Entretanto, chama a atenção, na leitura da decisão, o fato de não haver menção a uma única pesquisa da área de saúde sobre o tema.

Confira-se também voto da lavra do Desembargador Arnaldo Camanho de Assis (2007, grifo nosso), na APC 2005.01.1.044536-6, julgado pela Primeira Turma Cível do TJDFT, que em relação ao tema assim se posiciona:

"os autos evidenciam que a recorrida, Souza Cruz, deu exato cumprimento às exigências legais e administrativas acerca da publicidade e informações em seus produtos. Não há, pois, como apontar defeito nas informações, nem como adjetivar de enganosa a publicidade da requerida. Entretanto, e como se sabe, fumar é ato de vontade, que depende da pessoa que resolve optar por fazer uso do cigarro — de resto um produto intrinsecamente perigoso à saúde, como é de notório conhecimento"

E transcreve a opinião do juiz prolator da sentença recorrida, nos seguintes termos: *"logo, o que pode ter causado malefícios à saúde do Autor foi o consumo do cigarro, porém, não a publicidade em si, de modo que não parece adequado*

relacionar abuso na publicidade a fim de responsabilizar a Ré por dano. A despeito da publicidade, o consumidor mantém o seu livre arbítrio" (Assis, 2007, grifo do autor).

Merece aqui registro a advertência de João Lopes Guimarães Junior (2011, p. 145), quando questiona essa tendência da jurisprudência brasileira de desconsiderar as contundentes conclusões da ciência acerca do tema:

"o que dizer quando ponderável tendência jurisprudencial se forma com apoio numa premissa de fato – o livre arbítrio do fumante – negada peremptória e conclusivamente pela comunidade científica, que chega a classificar o vício do tabagista como doença? Como admitir a negação pelo Judiciário, de uma constatação científica admitida pelos Poderes Executivo e Legislativo na Convenção-Quadro que aprovaram, e pelos próprios fabricantes de cigarros?"

É realmente preocupante quando as consistentes e conclusivas pesquisas científicas acerca do tema são substituídas por argumentos outros, principalmente aqueles ligados ao senso comum de que o consumo de cigarros gera um hábito prazeroso e, em razão disso, desconsiderando seu alto poder destruidor e mortal, pode o fumante a qualquer tempo abandonar tal consumo. Torna-se mais preocupante ainda quando se sabe do poderio econômico das empresas de tabaco, usado para manipular, esconder e dissimular os reais efeitos do consumo do tabaco.

Não pode, outrossim, o juiz desconsiderar a moldura axiológica constitucional que empresta à proteção da pessoa humana, aí compreendida a proteção à vida, saúde e segurança, o caráter de direito fundamental, opondo a isso o argumento falacioso de que o tabaco é uma substância de livre comercialização, retirando-se, assim, o direito daqueles que comprovadamente tiveram sua saúde ou sua vida ceifadas pelo consumo do tabaco.

Nesse sentido a conclusão do voto da Desembargadora Mônica Maria Costa (2011), do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao afirmar que, “depois de todos os males causados pela indústria do tabaco na sociedade, não se pode deixar que seus danos continuem se perpetuando no mundo jurídico, isentando-a da responsabilidade pela morte e pelas doenças desenvolvidas pelos usuários do produto que a mesma colocou no mercado, sabedora de seus males. Esse é o risco do negócio e é mínimo diante do vultoso valor arrecadado pelas empresas de cigarro em detrimento de muitas vidas ceifadas e inúmeras doenças causadas em virtude do uso do tabaco, ainda em grande quantidade e de forma crescente no mundo. Ora, quem criou o risco de dano tem o dever de impedi-lo, devendo a indústria de tabaco ser responsabilizada se esse risco vier a se consumir. A aviltante licitude da atividade de cultivo, industrialização e comercialização do fumo não pode afastar a responsabilização pelos danos causados pelo consumo do produto, assim como ocorre com qualquer bem comercializado no mercado”.

Segundo leciona Pietro Perlingieri (2008b, p. 35), “é necessário que, com força, a questão moral, entendida como um efetivo respeito à dignidade da vida de cada homem e, portanto, como superioridade deste valor relativamente a qualquer razão política da vida em comum, seja recolocada no centro do debate na doutrina e no Foro, como única indicação idônea a impedir a vitória de um direito sem justiça. A justiça é derrotada quando a sociedade se consolida no particularismo dos indivíduos e dos grupos (...)”.

V – Conclusão

Dos argumentos dos inúmeros precedentes jurisprudenciais acerca da responsabilidade civil das indústrias do tabaco, o que mais chama atenção dos estudiosos da área de saúde é justamente o que afirma que

fumar é um hábito e não um vício, exercido nos limites do livre arbítrio do fumante e de autonomia privada. Ocorre que, conforme se demonstrou, fumar não é um hábito, mas sim um vício de consequências nefastas para a saúde, e que, apesar de todas as evidências, essa realidade vem sendo sistematicamente ignorada pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

Os precedentes jurisprudenciais favoráveis aos fumantes são muito poucos, se comparados com os inúmeros precedentes que negam direito à indenização, simplesmente negando o nexo de causalidade do consumo de um produto sabidamente prejudicial, causador de um número assustador de mortes de seus consumidores por ano, mas que, por manobras de seus produtores, quer falseando ou ocultando historicamente os resultados das pesquisas sobre seus malefícios, quer incentivando, pelos meios de comunicação de massa, seu consumo, sempre associado a ideias positivas, continua sendo livremente comercializado e consumido, sobretudo por jovens e adolescentes.

Com isso, doutrina e jurisprudência subvertem a pauta axiológica constitucional, que localiza a cláusula geral de proteção integral da dignidade da pessoa humana, com a consequente proteção do direito à vida e à saúde, como princípio fundamental da República brasileira. Registre-se que não se trata de simplesmente atacar a indústria do tabaco, diante da “aviltante licitude” da produção e comercialização do fumo, que, segundo a maioria dos precedentes jurisprudenciais a favor da indústria do tabaco, é uma atividade lícita, permitida pelo Estado e fortemente tributada por ele.

Mas, diante dos evidentes efeitos deletérios do uso desse produto, que, segundo reconhece o Ministério da Saúde do Brasil, não possui níveis seguros de consumo, não pode a vítima de seus efeitos permanecer sem direito à reparação dos prejuízos experimentados, sobretudo sob o argumento de que exerceu seu livre arbítrio, quando

livre arbítrio não há. Isso é aviltar, em nome de uma atividade econômica, os direitos à saúde, à vida e à dignidade do ser humano.

Vale aqui, à guisa de conclusão, transcrever lição de Maria Celina Bodin de Moraes acerca da centralidade do princípio de proteção da dignidade da pessoa humana no ordenamento brasileiro e que tem direta relação com o ponto de vista aqui defendido, ou seja, o de que o livre arbítrio do sujeito não pode servir de fundamento para a elisão do direito à reparação dos prejuízos causados pelo consumo do tabaco:

“Albert Einstein foi o primeiro a identificar a relatividade de todas as coisas: do movimento, da distância, da massa, do espaço, do tempo. Mas ele tinha em mente um valor geral e absoluto, em relação ao qual valorava a relatividade: a constância no vácuo da velocidade da luz. Seria o caso, creio eu, de usar esta analogia, a da relatividade das coisas e a do valor absoluto da velocidade da luz, para expressar que também no direito, hoje, tudo se tornou relativo, ou ponderável, sim, mas em relação ao único valor capaz de dar harmonia, equilíbrio e proporção ao ordenamento jurídico: o princípio da dignidade da pessoa humana” (MORAES, 2010b, p. 120).

Referências

- ANDRIGHI, Nancy; ANDRIGHI, Vera Lucia; KRUGER, Cassia Denise Gress. Responsabilidade civil objetiva da indústria fumageira por danos causados a direito Fundamental do consumidor do tabaco. In: RESPONSABILIDADE civil contemporânea: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011.
- ASSIS, Arnaldo Camanho de (Relator). Apelação Cível 2005 01 1 044536-6 APC - 0044536-54.2005.807.0001 (Res.65 - CNJ) DF. *Diário de Justiça*, Brasília, 22 maio 2007. Seção 3, p. 647. Disponível em: <http://juris.tjdft.jus.br/docjur/270271/271106.doc>. Acesso em: 18 jun. 2011.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. A dependência ao tabaco e sua influência na capacidade jurídica do indivíduo: a caracterização de defeito no produto sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor. In: LOPEZ, Teresa Ancona. *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.
- BENJAMIM, Antonio Herman. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édís. *Ação civil pública (Lei 7.347/85), reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 70-151.
- COSTA, Geraldo de Faria Martins. *Superendividamento: proteção do consumidor de crédito no direito comparado brasileiro e francês*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- COSTA, Monica (Relator). Apelação Cível n. 0000051-90.2002.8.19.0210: 8ª Câmara Cível. Apelantes Cláudio Rodrigues Bernhardt, Philip Morris Brasil S.A. Apelado: os mesmos. *Diário de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 22 mar. 2011.
- DELFINO, Lucio. *Responsabilidade civil e tabagismo*. Curitiba: Juruá, 2008.
- GUIMARÃES JUNIOR, João Lopes. Livre arbítrio do viciado: quando os juízes ignoram a ciência. In: HOMSI, Clarissa Menezes (Org.). *Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.
- HOMSI, Clarissa Menezes (Org.). *Um retrato da posição do Poder Judiciário quanto à relação fumante: indústria do tabaco: pesquisa sobre ações judiciais indenizatórias promovidas contra a indústria do tabaco*. São Paulo: Aliança de Controle do Tabagismo, 2008.
- KESSLER, Gladis. *Estados Unidos x Philip Morris*. Tradução: Renata Galhona. São Paulo: Aliança do Controle do Tabagismo; Brasília: OPAS, 2008. Texto original disponível em: <<http://www.publichealthlawcenter.org/sites/default/files/resources/doj-final-opinion.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2011.
- LOPES, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência do Tabaco*. São Paulo: Quatier Latin, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela do consumidor diante das noções de produto e serviço “defeituoso”: a questão do tabaco. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 56, n. 370, p. 29-40, ago. 2008.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010a.

_____. Na medida da pessoa humana: estudos de Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010b.

OLIVEIRA FILHO, João Pires de (Apelante). *Processo 2005 01 044536-6*: ação de conhecimento civil e processo civil. cigarro. tabagismo. indenização por danos físicos. Relator Desembargador Arnaldo Camanho. Apelado Souza Cruz S/A. *Diário da Justiça*, Brasília, 22 maio 2007. Seção 3, p. 647

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008a.

_____. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL, 1., 2006, Rio de Janeiro. *Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. *Anais...* São Paulo: Atlas, 2008b.

PIOVESAN, Flávia; SUDBRACK, Umberto Gaspari. Direito à saúde e o dever de informar: direito à prova e a responsabilidade civil das empresas de tabaco. HOMSI, Clarissa Menezes (Org.). *Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

RONDINA, Rita de Cássia; GORAYEB Ricardo; BOTELHO, Clóvis. Características psicológicas associadas ao comportamento de fumar tabaco. *Jornal Brasileiro de Pneumologia*, São Paulo, v. 33, n. 5, p. 592-601, set./out. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-37132007000500016&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 18 jun. 2011.

SALOMÃO, Luis Felipe (Relator). Recurso Especial nº 1113804/RS. 4ª Tuma. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, v. 22, n. 219, p. 424-451, jul./set. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização e introdução Leonardo Martins. Tradução Beatriz Henning. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

TABAGISMO: dados e números: tabagismo no mundo. Brasília: Instituto Nacional do Câncer, [2004?]. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=dadosnum&link=mundo.htm>>. Acesso em: 18 jun. 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra fabricantes de cigarro. In: LOPEZ, Teresa Ancona. *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.

TRANSTORNOS mentais e comportamentais devidos ao uso de fumo: intoxicação aguda. In: GLOSSÁRIO de transtornos mentais. São Paulo: Clínica Vera Cruz, c2009. Disponível em: <<http://www.clinicaveracruz.com.br/html/transtornos-mentais-comportamentais-fumo.htm>>. Acesso em: 18 jun. 2011.

VARELLA, Dráuzio. *Dependência de nicotina*. São Paulo: Estação Saúde - Educação e Cultura, [200-?]. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/dependencia-quimica/tabagismo/dependencia-de-nicotina/>>. Acesso em: 18 jun. 2011.