UNICESUMAR – UNIVERSIDADE CESUMAR
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FORNECEDORES DE TABACO: O DIREITO À INDENIZAÇÃO CONCERNENTE AO CUSTEIO DA FARMACOTERAPIA PARA A QUITAÇÃO DA VICIOSIDADE DA NICOTINA E TRATAMENTOS MÉDICOS

BRUNA DE FRANÇA HUNGARO

MARINGÁ – PR
2020

Bruna de França Hungaro

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FORNECEDORES DE TABACO: O DIREITO À INDENIZAÇÃO CONCERNENTE AO CUSTEIO DA FARMACOTERAPIA PARA A QUITAÇÃO DA VICIOSIDADE DA NICOTINA E TRATAMENTOS MÉDICOS

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da UniCesumar – Universidade Cesumar como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharela em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Alexandre Moraes.

MARINGÁ – PR

2020

FOLHA DE APROVAÇÃO

BRUNA DE FRANÇA HUNGARO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FORNECEDORES DE TABACO: O DIREITO À INDENIZAÇÃO CONCERNENTE AO CUSTEIO DA FARMACOTERAPIA PARA A QUITAÇÃO DA VICIOSIDADE DA NICOTINA E TRATAMENTOS MÉDICOS

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da UniCesumar – Universidade Cesumar como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharela em Direito sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Alexandre Moraes.

Aprovado em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

_____

Nome do professor – (Titulação, nome e Instituição)

_____

Nome do professor - (Titulação, nome e Instituição)

_____

Nome do professor - (Titulação, nome e Instituição)

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FORNECEDORES DE TABACO: O DIREITO À INDENIZAÇÃO CONCERNENTE AO CUSTEIO DA FARMACOTERAPIA PARA A QUITAÇÃO DA VICIOSIDADE DA NICOTINA E TRATAMENTOS MÉDICOS

Bruna de França Hungaro

RESUMO

O ato de fumar é uma escolha do consumidor ao ver o produto fornecido no mercado de consumo, contudo a nicotina contida no tabaco aprisiona o livre-arbítrio do consumidor, que, de certa maneira, torna-se um fumante *invonlutário*. À vista disso, o presente trabalho objetiva, utilizando o método hipotético-dedutivo, estabelecer relações lógicas acerca da possibilidade da responsabilização civil do fornecedor em face do direito do consumidor à indenização, pleiteando o tratamento médico e fármaco devido para que possa exercer sua liberdade fruimente. Destarte, apesar de o atual entendimento dos Tribunais ser de que o fornecedor não pode ser responsabilizado civilmente, convém por em relevo que, diferentemente do Poder Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário se mantém inerte sobre quem é o responsável pelos danos advindos pelo uso do tabaco, por isso, enseja-se o estímulo do debate ao passar a considerar o consumidor como parte vulnerável na relação, reconhecendo a teoria do risco do empreendimento como forma de atribuir a responsabilidade civil aos fornecedores do tabaco pelas consequências à saúde da pessoa.

Palavras-chave: Tabaco; Cigarro; Responsabilidade Civil; Livre-arbítrio.

THE CIVIL RESPONSIBILITY OF TOBACCO SUPPLIERS: THE RIGHT TO INDEMNITY CONCERNING THE COST OF PHARMACOTHERAPY TO DISCHARGE NICOTIN VICIOUSITY AND MEDICAL TREATMENTS

ABSTRACT

The act of smoking is a consumer's choice when seeing the product supplied in the consumer market, however, the nicotine contained in tobacco imprisons the consumer's free will, who in a way, becomes a involuntary smoker. In view of this, the present work aims, using the scientific-deductive method, to establish logical relations about the possibility of civil liability of the supplier in view of the consumer's right to compensation, claiming the medical treatment and due drug, so that he can exercise his freedom enjoy. Thus, although the current understanding of the Courts is that the supplier cannot be held civilly responsible, it is important to emphasize that, unlike the Executive and Legislative Power, the Judiciary remains inert about who is responsible for the damages resulting from the use of the Tobacco, therefore, this paper aims to encourages the debate to consider the consumer as a vulnerable part of the relationship, recognizing the risk theory of the enterprise, as a way of attributing civil liability to tobacco suppliers for the consequences to the person's health.

Keywords: *Tobacco, Cigarette, Liability, Free will.*

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o conhecimento sobre os malefícios à saúde provocados pelo uso contínuo do tabaco é incontestável, ante a forte influência de políticas públicas e conscientização da sociedade. Entrementes, convém pôr em relevo que o tabaco é o único produto no mercado de consumo que possui substâncias psicoativas que causam a dependência do usuário, o que, por consequência, reflete na impossibilidade do consumidor contemplar o seu livre-arbítrio, uma vez que a nicotina aprisiona o indíviduo.

Destarte, a responsabilidade civil possui a finalidade de responsabilizar aquele que causou dano a outrem, ou seja, trata-se de premissa básica: a partir do momento em que há o dano, há a necessidade de reparação, sendo que a responsabilidade civil é a ferramenta promovida pelo legislador para averiguar quem será o responsável pela reparação. Para tanto, admitiu-se a responsabilidade objetiva e subjetiva, mas, ao se tratar das relações de consumo, aplicar-se-á a responsabilidade objetiva, bastando a comprovação da conduta, do nexo de causalidade e do dano propriamente dito.

Outrossim, é oportuno consignar que, apesar de a jurisprudência majoritária entender que não há responsabilidade civil do fornecedor do tabaco pelos danos causados à saúde do consumidor, analisando os dispositivos constitucionais e a legislação complementar, percebe-se que há fundamento jurídico continente com a responsabilidade supra, apesar do Poder Judiciário se manter inerte.

Ao analisar a responsabilidade civil em favor do fornecedor do tabaco, irrefutavelmente não existirá dever de indenizar, sob a ótica de que o consumidor possui o livre-arbítrio para escolher e consumir o que bem entender. Por outro lado, percebe-se que o consumidor vulnerável fica à mercê do tabaco, por causa da substância denominada nicotina, pois, apesar de, na teoria, o consumidor ter liberdade de escolha, a nicotina causa a dependência do usuário, ficando o consumidor obrigado a realizar a compra e o usufruto dos produtos tabagistas.

Em suma, caminhando através de uma pesquisa bibliográfica com a utilização do método hipótetico-dedutivo, demonstrar-se-á como é possível o fornecedor ser responsabilizado pelos danos à saúde provocados no consumidor, inclusive com direito de tratamento por meio da farmacoterapia.

2 UMA CAMINHADA ENTRE A CULTURA DO TABACO, SEUS MALEFÍCIOS À SAÚDE E A ATUAÇÃO ESTATAL

O tabaco é um dos poucos produtos fabricados pelo homem que teve uma história tão controvertida ao longo dos tempos (BARROSO, 2001, p. 32), eis que passou de um "simbolismo de estilo" a um "simbolismo de enfermidade". Boeira e Guivant (2003, p. 46) afirmam que "entre 1904 e 1947, as indústrias de tabaco dos EUA cresceram tão ou mais rapidamente que as de carros, lançando marcas populares de cigarros"[1]. Contudo, é forçoso constatar que o início da produção dos produtos derivados do tabaco, o qual se tem notícia, ocorreu no ano de 1604 (BOEIRA; GUIVANT, 2003, p. 46).

A produção escrita pelo rei da Inglaterra, Jaime I (1556-1625), denominada *A Counterblast to Tobacco*[2], criticava o uso do tabaco por ser uma prática considerada uma aberração, descrevendo o seu uso como um "*savage custom*"[3] e "*hateful to the nose*"[4], entre outras características negativas. Observa-se que, na história da humanidade, o uso do tabaco teve seus altos e baixos desde meados do séc. XVI.

Apesar das várias tentativas anti-tabagismo no decorrer dos anos, como a proibição do uso do tabaco pelo Papa Urbano VIII entre os eclesiáticos em 1642 e, mais tardar, o estopim da crítica dos médicos com o avanço das pesquisas científicas (BOEIRA; GUIVANT, 2003, p. 46-47), o uso do tabaco se manteve constante.

> Desde o início do consumo de tabaco na Europa, em meados do séc. XVI, até ao final da primeira metade do século XX, muito tabaco foi consumido sob a forma de rapé, charutos ou cachimbo. Em 1881, com a criação da máquina de enrolar cigarros, o consumo de tabaco sob a forma de cigarros regista uma grande expansão, em particular durante as duas Grandes Guerras Mundiais (NUNES, 2006).

Boeira (2007, p. 3) contextualiza que, apesar do consumo do tabaco ter tido início previamente, a indústria de cigarros se afirmou a partir do final do séc. XIX, com a invenção da máquina de enrolar cigarros.

Pode ser observada, nos filmes realizados ao longo do séc. XX, a caracterização significativa de personagens fumantes como uma forma subliminar de publicidade ao uso do cigarro (NETO, 2016), promovendo a significação de "fumar cigarro" como um estilo, ou seja,

---

[1] Adaptado.
[2] Tradução: "Um contraponto ao tabaco".
[3] Tradução: "Costume selvagem".
[4] Tradução: "Horrível de respirar" ou "Odioso para o nariz".

se a personagem principal de um filme, aceito pela sociedade, aparecesse fumando, logo a sociedade passaria a imitar essa personagem.

Nas palavras de Boeira e Guivant (2003, p. 49), "o estabelecimento do sistema foi resultado de uma bem articulada estratégia de marketing, baseada em conhecimentos e motivos tecnocientíficos e culturais". De fato, a publicidade, sabedora da asserção de que "a vida imita a arte", utilizou-se desse feito, inclusive, pagando para artistas e diretores fazerem a introdução de cenas de fumo (NETO, 2016).

A publicidade produzida ao longo do séc. XX sobre o consumo, especialmente do cigarro, produziu uma cultura que é vista até hoje, sendo que a própria indústria de publicidade não sente mais necessidade de introduzir a ideia de que fumar é "elegante" no mercado, uma vez que a própria sociedade se encarrega de passar a mensagem e fazer uso do produto para fins diversos.

> O cigarro é um produto maduro, vale dizer, está no mercado faz longo tempo e não há necessidade de criação de uma demanda específica pelo seu consumo. Diferentemente se passaria, por exemplo, com um novo sistema de transmissão de dados ou um novo programa de computador. Por ser um produto maduro, a publicidade não se destina a estimular o consumo, mas, sim, a atrair os consumidores para uma determinada marca (BARROSO, 2001, p. 33).

Ocorre que, apesar da forte crítica dos primeiros estudos científicos em relação ao tabaco pelos operadores da saúde, a sociedade estava infectada pelas marcantes estratégicas de marketing. Destarte, somente a partir do séc. XX, houve a "realização de vários estudos de tipo caso-controlo, que culminaram com a publicação, na década de cinquenta, dos primeiros artigos científicos relacionando o consumo de tabaco com o aparecimento de cancro do pulmão" (NUNES, 2006). Conforme desvenda a Dr.ª Emília Nunes:

> Destes estudos, os realizados por Richard Doll e Bradford Hill, primeiro em doentes afetados por cancro do pulmão e depois numa coorte de médicos ingleses, num estudo longitudinal ao longo de cinquenta anos, iniciado em 1951, foram decisivos para a compreensão dos efeitos na saúde relacionados com o consumo de tabaco e dos benefícios que podem ser obtidos com a cessação tabácica (NUNES, 2006).

A partir de então, é incontestável negar os malefícios que os produtos derivados do tabaco acarretam à saúde.

É mister esclarecer que os produtos derivados do tabaco possuem a substância nicotina, que possui propriedades psicoativas que se assemelham aos da heroína e cocaína, sendo essa

substância responsável pela indução de dependência física e psicológica do produto (NUNES, 2006). Laranjeira *et al.* (2013, p. 1) afirmam que "a capacidade de estes produtos induzirem ou manterem a dependência e abstinência aumenta com a rapidez de absorção, a dose e a disponibilidade da nicotina".

Apesar da nicotina ser a principal substância em causar a depedência do usuário aos produtos derivados do tabaco, sobreleva notar que os cigarros possuem algumas substâncias químicas extremamente prejudiciais à saúde, como a amônia, que é utilizada em limpeza de azulejos; formol, utilizado como conservante de cadáver; naftalina, utilizado para matar baratas; butano, que nada mais é do que o gás de cozinha; acetona, utilizado como removedor de esmalte; cádmo, utilizado em pilhas e baterias etc. (BOEIRA; GUIVANT, 2003, p. 52 e 53).

Dentre os principais danos à saúde, atualmente, é comprovado que só os cigarros — dentre outros produtos derivados do tabaco — podem acarretar um risco maior de desenvolver as doenças seguintes: doenças coronárias, problemas circulatórios, tromboangeite obliterante, aneurisma da aorta, câncer de pulmão, câncer de boca, traqueia, cavidade oral, faringe, laringe e esôfago, câncer no pâncreas, câncer nos rins, doença pulmonar obstrutiva crônica, pneumonia, colesterol alto, osteoporose, problemas gastrointestinais, impotência sexual no homem e problemas na gravidez (AGÊNCIA NACIONAL, 2014).

Em relação ao *narguilé*, há estudos que argumentam a ascensão do tabagismo em pleno séc. XXI, podendo o equipamento ser visualizado como uma forma "diferenciada" de consumo. O suposto sucesso do produto pode ser diretamente associado à composição da própria inalação, pois o tabaco é associado à essência, sendo esta última responsável por dar aroma à inalação do tabaco.

O equipamento denominado *narguilé*, possivelmente, teve origem na Índia, no séc. XVI (MARTINS, SANTOS, 2019, on-line), pelo médico Hakim Abul Fath, que acreditava ser um método inofensivo de uso do tabaco (SOUZA; BARTOLOMEU; DORTE, 2020, p. 39). Entranto, a nocividade do consumo do tabaco pelo *narguilé* é agravante em comparação ao cigarro "devido as longas sessões de fumo, com essências que possuem uma maior concentração de alcatrão, nicotina, alta ingestão de monóxido de carbono devido a presença de carvão e quantidades superiores de hidrocarbenetos poliaromáticos se comparados com o cigarro" (WHO *apud* SOUZA; BARTOLOMEU; DORTE, 2020, p. 42).

> Outros fatores que influenciam o conteúdo tóxico da fumaça de narguilé são a topografia das tragadas (ou seja, o número de tragadas dadas, o volume da tragada, a duração das tragadas e o intervalo entre as tragadas consecutivas) e o design e a construção do narguilé. Os narguilés não são padronizados, apesar

> dos esforços para tentar uniformizá-los. Assim, variam de muitas formas, inclusive em relação ao volume de espaço vazio acima da água e à porosidade da mangueira pela qual o usuário traga a fumaça. As diferenças na porosidade da mangueira podem ter grande influência sobre o conteúdo tóxico, pela variação da diluição e condições de combustão (INCA, 2017, p. 21).

Nesta oportunidade, deve se trazer à baila o tecnológico cigarro eletrônico, cujo dispositivo "fornece aos usuários doses de nicotina e outros aditivos em aerossol" (KNORST *et al.*, 2014, on-line). Os fornecedores do cigarro eletrônico argumentam que o consumo do produto reduz o consumo de cigarros, auxilia na cessação do tabagismo e minimização da exposição passiva, uma vez que o produto, apesar da sua denominação, não deriva do tabaco. Entrementes, vale observar que não há estudos que apontam a eficácia do consumo do cigarro eletrônico para a cessação do tabagismo (KNORST *et al.*, 2014).

Em geral, concluir-se-á que:

> O tabagismo é o maior responsável pelas doenças respiratórias. Os efeitos nocivos do tabaco começam desde a tenra idade, como efeito da exposição da criança "intra-útero" ou nos primeiros anos de vida, até a vida adulta. A doença pulmonar obstrutiva crônica (DPOC) e o câncer de pulmão destacam-se pelo quadro de progressiva e marcante incapacidade, apesar de terem maior tempo de latência em relação às doenças cardiovasculares relacionadas ao consumo de tabaco. Uma vez instaladas, elas levam à rápida deterioração da qualidade e expectativa de vida. A fumaça do tabaco contém 4700 substâncias, além da nicotina. Entre elas, incluem-se alcalóides do alcatrão, metais pesados, nitrosaminas, elementos radioativos, aldeídos e outros agentes altamente tóxicos para as vias aéreas. Além disso, o tabaco é um fator de agravamento para asma, pneumoconioses, tuberculose e outras doenças respiratórias, incluindo o tabagismo passivo (ARAÚJO, 2009, p. 20).

Por outro lado, existem diversos tratamentos que visam melhorar a dependência de nicotina, ocasionada pelo uso contínuo do tabaco, seja pelo cigarro, *narguilé* etc. Laranjeira *et al.* (2013, p. 1) explicam que "os sintomas de abstinência à nicotina começam em poucas horas, com pico em 24-48 horas, com duração média de 4 semanas. A severidade dos sintomas varia de paciente para paciente".

Apesar dos amplos estudos demonstrando a nocividade do uso dos produtos derivados do tabaco, a cultura tabagista é estável, e, principalmente com o uso do *narguilé*, "o tabagismo vem se expandindo no mundo contemporâneo como se fosse uma doença 'transmissível' impulsionada pela intensa propaganda e promoção dos cigarros junto ao público alvo da indústria: os jovens" (ARAÚJO, 2009, p. 21).

Fortunamente, alguns usuários apresentam consciência dos malefícios do uso dos produtos e, com o desejo de quitar o fumo, passam por alguns estágios de mudança até se

concretizar a efetiva liberdade de parar de fumar. Laranjeira *et al.* (2013, p. 2) asseveram que, no momento em que o indíviduo pretende seriamente parar de fumar, o processo se inicia por intermédio de técnicas comportamentais pessoais, como a diminuição do número de maços fumados por dia etc. Contudo, "inquéritos epidemiológicos indicam que a maioria (70%) dos tabagistas quer parar de fumar, 34% tentam a cada ano, mas somente 2,5% o conseguem" (U.S Centers for Disease Control and Prevention, 1994 *apud* FOCCHI; BRAUN, 2005, p. 260).

Por sua vez, não há como não trazer à baila que "a importância dos medicamentos no tratamento do tabagismo tem crescido progressivamente, de coadjuvantes da terapia cognitivo-comportamental" (FOCCHI; BRAUN, 2005, p. 259). Araújo (2009, p. 20) contribui alegando que "atualmente, há oferta de medicamentos e de intervenções comportamentais que apoiam as pessoas a deixarem de fumar".

Nas palavras de Pereira e Silva *et al.* (2014, p. 55), "a farmacoterapia [...] é dividida em medicamentos nicotínicos e não-nicotínicos". Em relação aos fármacos nicotínicos, no Brasil, existe o tratamento apenas na forma de gomas e adesivos. Outrossim, no que concerne aos fármacos não-nicotínicos, pode-se destacar o uso do bupropiona, nortiptilina e clonidina (PEREIRA E SILVA *et al.*, 2014, p. 55).

É forçoso constar que, como pode ser extraído da bula do fármaco, o cloridrato de bupropiona "é indicado para tratamento da dependência à nicotina e como adjuvante na cessação tabágica, ou, eventualmente, no tratamento da depressão e na prevenção de recidivas e rebotes de episódios depressivos após resposta inicial satisfatória". Os estudos científicos apontam que "por não ter mecanismo de ação definido no tratamento da abstinência de nicotina, acredita-se que a mesma atue pela redução do transporte neuronal de dopamina e noradrenalina ou mesmo pelo antagonismo a receptores nicotínicos levando à redução da compulsão pelo uso de cigarros" (PEREIRA E SILVA *et al.*, 2014, p. 55). Os preços do tratamento com o bupropiona 150mg, com 30 comprimidos revestidos, giram em torno de R$ 71,99 (setenta e um reais e noventa e nove centavos) a R$ 169,99 (cento e sessenta e nove reais)[5].

Importante destacar que, como a própria Agência Nacional de Vigilância Sanitária (2014) confirma, "o tabaco é responsável por cerca de seis milhões de mortes em todo o mundo". É estimado que, no Brasil, o consumo vicioso do produto seja responsável por 200 mil óbitos por ano, em vista disso, o tabagismo é reconhecido como uma doença crônica (AGÊNCIA NACIONAL, 2014). Diante desses fatos, ainda no final do séc. XX, deu-se por

[5] Análise média realizada entre as farmácias "Eurofarma", "EMS Sigma Pharma", "União Química" e "GSK".

necessário o controle do tabagismo por parte do Estado, em decorrência deste produto violar diretamente a proteção à saúde e segurança dos consumidores.

A título de esclarecimento, o Sistema Único de Saúde (SUS) disponibiliza tratamento em combate à depedência do tabaco por meio de repositores de nicotina, gomas, adesivos transdérmicos e o cloridrato de bupropiona (PEREIRA E SILVA *et al.*, 2014, p. 55).

Inclusive, o Brasil foi o primeiro país a criar uma autarquia reguladora com a finalidade de reduzir o consumo do tabaco no território brasileiro, denominada Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Sua criação se deu no ano de 2000, e, desde então, propõe medidas na conscientização dos malefícios do fumo (AGÊNCIA NACIONAL, 2014). A própria denota seus objetivos como:

> 1) Controlar as diferentes formas de propagação dos produtos, principalmente aquelas destinadas aos mais jovens;
> 2) Reduzir a exposição da população aos componentes tóxicos presentes na fumaça gerada pelo tabaco;
> 3) Reduzir o uso de produtos derivados de tabaco (AGÊNCIA NACIONAL, 2014).

Em um de seus relatórios, a ANVISA explicou, de forma esclarecedora, quais foram as primeiras medidas tomadas com o escopo de reduzir o consumo do fumo da população para evitar danos à saúde. Antes mesmo da criação da autarquia, no ano de 1988, passou a ser obrigatório estar vinculada, diretamente a embalagens de derivados do tabaco, a seguinte frase: "O Ministério da Saúde adverte: fumar é prejudicial à saúde", e, logo em 1990, a obrigatoriedade de frases advertindo o risco à saúde em propagandas de rádio e televisão (AGÊNCIA NACIONAL, 2014).

Em 1996, os comerciais de tabaco ainda existiam, e sua veiculação passou a ser regulada para ser transmitida apenas das 21h às 6h, conforme o sancionamento da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996 (lei que versa sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígeros, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas), além de que fumar em locais fechados passou a ser proibido.

Ante todo o histórico acerca do fumo, filie-se ao entendimento que, a partir do sancionamento da lei anteriormente mencionada, começaram, significativamente, mudanças no comportamento da sociedade brasileira com a finalidade de descontruir preceitos antes adotados e que violavam a saúde da pessoa humana. Dentre as mais importantes realizações no séc. XXI, destaca-se o Decreto nº 8.262, de 31 de maio de 2014, que alterou o Decreto nº 2.018, de 1º de outubro de 1997, sob a Lei nº 9.294 e a Convenção-Quadro para o controle do tabaco.

O que há por trás de todas as mudanças mencionadas é o direito fundamental da saúde. Não há dúvidas: o tabaco é prejudicial de diferentes maneiras ao ser humano, por isso, pode-se concluir que o seu fornecimento está afetando o direito à saúde da sociedade. Para melhor entendimento, cabe lembrar que "para preservar-se a saúde de todos é necessário que ninguém possa impedir outrem de procurar seu bem-estar ou induzi-lo a adoecer" (DALLARI, 1988, p. 60).

À vista do exposto, desde já, é premente que se deixe claro que o direito à saúde alcança os fornecedores de produtos e serviços, pois, por mais que exista um livre exercício da economia brasileira, as empresas não devem colocar no mercado produtos nocivos à saúde humana.

Moraes (2016, p. 2) ainda sustenta a tese de que o uso do tabaco atinge os direitos da personalidade, "como à vida (leva o individuo a morte), à integridade física (muitas vezes o tabagista sofre amputações em seu corpo) e psíquica (cria uma dependência), à saúde (inúmeras doenças), à voz (são extirpadas as cordas vocais) e à moral (a dor pelos danos sofridos)".

Destarte, "o termo conceitual 'saúde' já foi entendido como o estado de ausência de doença" (CIARLINI, 2013, p. 148), com isso, concluir-se-á que não há que se falar no direito à saúde enquanto uma massa populacional é atingida diretamente pelos malefícios do uso contínuo dos produtos derivados do tabaco, uma vez que as estatiticas das patologias contradizem com diversos valores fundamentais constitucionais.

3 O DIREITO À SAÚDE E A INFLUÊNCIA DO TABACO NA LIBERDADE DE ESCOLHA E NO LIVRE-ARBÍTRIO DOS CONSUMIDORES

3.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A priori, é forçoso constatar que o dicionário *Michaelis* (2020, on-line) define saúde como o "estado do organismo com funções fisiológicas regulares e com características estruturais normais e estáveis, levando-se em consideração a forma de vida e a fase do ciclo vital de cada ser ou indivíduo". Por sua vez, a Organização Mundial da Saúde (1946, on-line) define que "a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade".

Convém por em relevo que o direito à saúde é previsto na Constituição Brasileira como um direito social, tratando-se de direito fundamental, na medida em que "encontra-se

dimensionado como uma autêntica liberdade positiva" (GOYARD-FABRE, 2003, p. 285-286). Outrossim, a própria Carta Magna assevera que o direito à saúde "deve ser garantido através de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos" (RAMOS, 2019, p. 13-14, adaptado).

Cuida-se de analisar que os direitos sociais fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro são o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, com supedâneo no artigo 6º da Constituição (BRASIL, 1988).

Por sua vez, o direito à saúde, reconhecido como um direito social e fundamental, está diretamente relacionado com a própria noção de justiça, uma vez que o ser humano necessita da saúde para sobreviver e para desenvolver todas as suas capacidades. Por isso, pode-se afirmar que o direito à saúde, assim como os outros direitos fundamentais, é uma "garantia de vida melhor que foi concedida pelo constituinte a todos os seres humanos" (DAOU; BRITO FILHO, 2019, p. 297-298).

Gilmar *et al.* (2009, p. 276), ao justificar a característica inalienável e indisponível dos direitos fundamentais, deu uma atenção especial ao direito à saúde, esclarecendo que os direitos indisponíveis dizem respeitos às garantias que visam "resguardar a vida biológica" ou que visam realizar a manutenção da saúde em sentido amplo, ou seja, físico e mental, com a finalidade de dar potencial ao homem se autodeterminar e praticar atos livremente.

> Nessa perspectiva, seria inalienável o direito à vida — característica que tornaria inadmissíveis atos de disponibilidade patrimonial do indivíduo que o reduzissem à miséria absoluta. Também o seriam os direitos à saúde, à integridade física e às liberdades pessoais (liberdade ideológica e religiosa, liberdade de expressão, direito de reunião) (GILMAR *et al.*, 2009, p. 277).

Os direitos fundamentais possuem dimensões subjetivas e objetivas segundo o entendimento de Gilmar *et al.* (2009, p. 299). A dimensão objetiva diz respeito ao significado dos direitos fundamentais, como o próprio direito à saúde, pelo qual se interpreta que a saúde é um dos princípios constitucionais que integram a democracia brasileira. Em relação à subjetividade dos direitos fundamentais, com especificidade no direito à saúde, é oportuno trazer à baila que:

> A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou em menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou então essa dimensão se expressa no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas. **Nessa**

> **perspectiva, os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa (em especial, de respeito ao espaço de libetdade do indivíduo) ou positiva de outrem, e, ainda, correspondem a competências — em que não se cogita de exigir comportamento ativo ou omissivo de outrem, mas do poder de modificar-lhe as posições jurídicas** (GILMAR *et al.*, 2009, p. 301, grifo nosso).

No mesmo sentido, em relação à dimensão objetiva, Daou e Brito Filho (2019, p. 292-293) colaboram que, "ao reconhecer a esses direitos uma dimensão fundamental, o Estado obrigou-se a prestações positivas que os garantam a todos na integralidade". Verifica-se, pois, a necessidade do Estado adotar medidas que protejam e promovam os direitos fundamentais (GILMAR *et al.*, 2009, p. 301).

Gilmar *et al.*, inclusive, sob a égide da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, reconhecem a necessidade de um dever de proteção do Estado "contra agressões dos próprios poderes públicos", seja de particulares ou de outros Estados. Grife-se que "esse dever de proteção mostra-se associado sobretudo, mas não exclusivamente, aos direitos à vida, à liberdade e à integridade física (incluindo o direito à saúde)" (GILMAR *et al.*, 2009, p. 301).

Portanto, concluir-se-á que o direito à saúde é um dever do Estado, inclusive, reconhecido pelo art. 2º, da Lei nº 8.088, de 1990, o qual estabeleceu o Sistema Único de Saúde (SUS) (CUNHA, 2019, p. 171), a saber: "A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício" (BRASIL, 1990).

Neste momento, convém pôr em relevo que, no passado, com o constitucionalismo contemporâneo, houve uma forte mudança na atuação e no poder do Estado, que passou a regular diretamente nas relações sociais e econômicas da sociedade brasileira, como o caso do dever do Estado de propricionar o direito à saúde aos cidadãos. Deste modo, como forma de evitar o despotismo, a "separação de poderes foi concedida pelo constitucionalismo liberal", estabelecida pelo sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), estabelecendo-se, portanto, o Poder Judiciário, Poder Legislativo e Poder Executivo (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 231).

Padilha sintentiza o sistema de *checks and balances* de forma clara:

> O Poder Legislativo, ao mesmo tempo em que legisla – elaborando as normas jurídicas – e fiscaliza (funções típicas), administra (ex.: arts. 51, IV; 52, XIII; 55) e julga (ex.: art. 52, I, II e parágrafo único) como função atípica; O Judiciário, como cediço, julga, compondo conflitos – na maior parte das vezes – como função típica. Já, atipicamente, legisla (ex.: art. 96, I, a) e administra (ex.: art. 96, I, b até f); Por fim, o Executivo, que possui função típica de administrar a res pública, legisla (ex.: arts. 62, 68) e julga processos administrativos como atos atípicos (PADILHA, 2020, p. 582).

A responsabilidade do Estado em face do direito à saúde exerce um dever sobre todos os poderes constitucionais, seja o Judiciário, Legislativo ou Executivo. Nas palavras de Baptista *et al.*:

> A Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo momento político-institucional no Brasil ao reafirmar o Estado Democrático e definir uma política de proteção social abrangente, incluindo a saúde como direito social de cidadania. Desde sua promulgação, um conjunto expressivo de leis, portarias ministeriais e ações de âmbito administrativo buscaram viabilizar o projeto político desenhado na Constituição. Por outro lado, no mesmo período, cresce o número de mandatos judiciais com demandas relativas ao direito à saúde. Tal movimento tem revelado inconsistências e contradições no âmbito legal e normativo do SUS, bem como problemas não equacionados pela política de saúde, questionando a atuação do Executivo e criando novas demandas por legislação (BAPTISTA *et al.*, 2009, p. 829).

Destarte, apesar de todos os cidadãos brasileiros possuírem o direito social fundamental à saúde, e seu dever de fornecimento estar nas mãos do Estado, sua concretização não tem sido fácil. A dificuldade na promoção do direito à saúde pode ser visualizada nas pesquisas que apontam que, somente no Brasil, o consumo vicioso dos produtos derivados do tabaco causam cerca de 200 mil óbitos por ano.

À evidência, indubitavelmente, há uma enorme falha no protesto anti-tabaco na sociedade brasileira, apesar das várias promoções de políticas públicas destinadas a esse assunto, especialmente, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária e pela legislação infraconstitucional, como a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, sendo, portanto, políticas promovidas pelo Poder Executivo e Poder Legislativo, respectivamente.

De certa maneira, pode-se visualizar uma "escassez" nos meios de promover o direito à saúde, frente à forte cultura pró-tabaco, especialmente, pelo Poder Judiciário. Não obstante, na realidade, a promoção de qualquer direito fundamental não é tarefa fácil, pois

> É inegável que a tensão existente entre a pretensão à realização dos direitos sociais e a escassez dos meios materiais aptos a provê-los é seguida de uma variada e complexa pletora de argumentos doutrinários que tendem a justificar o maior ou menor caráter impositivo ou de aplicabilidade direta dos preceitos constitucionais que prescrevem sua defesa (CIARLINI, 2013, p. 37).

Desta sorte, vale frisar que ainda há, na sociedade, a ideia de que o uso do tabaco seria um "simbolismo de estilo", podendo ser visualizado, como maior exemplo, o uso em massa do *narguilé* pelos jovens em pleno séc. XXI. Por conseguinte, pode-se afirmar que o Poder

Judiciário não encontra resposta para solucionar o seguinte questionamento: quem é o responsável civil pelos danos à saúde proporcionados pelo uso dos produtos derivados do tabaco?

3.2 PODER JUDICIÁRIO: O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, O DIREITO DE ESCOLHA E O LIVRE-ARBÍTRIO

O Código de Defesa do Consumidor trouxe consigo o direito à proteção, à saúde e segurança dos consumidores (BRASIL, 1990). Entrementes, a norma jurídica manifesta que os produtos e serviços oferecidos no mercado não devem ser nocivos à pessoa de modo a comprometer sua qualidade de vida, porém, caso seja considerado um perigo previsível, é obrigatório ao fornecedor dar as devidas informações necessárias sobre seu produto ou serviço, em função do direito à informação.

> A rigor, o direito à informação é um reflexo ou consequência do princípio da transparência [...] e encontra-se umbilicalmente ligado ao princípio da vulnerabilidade. Daí ser possível dizer que o direito à informação é, primeiramente, um instrumento de igualdade e de reequilíbrio da relação de consumo. Com efeito, o consumidor não tem conhecimento algum sobre o produto ou serviço de que necessita; detentor desse conhecimento é o fornecedor, que tem o domínio do processo produtivo. Este sim sabe o que produziu, como produziu, por que e para quem produziu, aspectos em que o consumidor é absolutamente vulnerável. Logo, a informação torna-se imprescindível para colocar o consumidor em posição de igualdade. Só há autonomia da vontade quando o consumidor é bem informado e pode manifestar a sua decisão de maneira refletida (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 122).

Respeitando tais ordens, "as informações prestadas ao consumidor devem ser claras e precisas, de modo a possibilitar a liberdade de escolha na contratação de produtos e serviços" (TARTUCE, 2017, p. 167), com supedâneo no artigo 6º, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, o direito à informação vai além, pois, como forma de assegurar o direito à proteção, à saúde e à segurança dos consumidores, deve-se abranger o direito de "escolher conscientemente" (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 122).

O ato de escolher tem cunho no livre-arbítrio, consequentemente, a pessoa humana, sob a égide do direito de escolha, ganha respaldo para escolher o caminho que quer seguir em face de sua liberdade. A compreensão acerca do livre-arbítrio para a filosofia pode ser definida como uma "característica específica e exclusiva do homem, único ser de todas as espécies animais

que pode exercer a tarefa de pensar e escolher, ponderando, diferindo, descobrindo e eventualmente, criando valores" (ANDRADE, 2002, p. 29-43).

Portanto, a escolha é assegurada ao ser humano além da esfera jurídica, em função do ser humano possuir discernimentos e habilidades que o integram em toda a sua definição. Entretanto, o direito à escolha não basta por si só ou, melhor, para que o direito de escolha seja efetivado, o direito à liberdade também deverá ser motivado. Por conseguinte, concluir-se-á que, para um consumidor adquirir ou contratar produto ou serviço, deverá ter liberdade para escolher conscientemente.

Tartuce (2017, p. 44) colabora e ampara o direito de escolha e da liberdade do consumidor por meio do princípio da equivalência, que, em suas palavras, "assegura ao consumidor o direito de conhecer o produto ou o serviço que está sendo adquirido, de acordo com a ideia de plena liberdade de escolha e do dever anexo de informar". Outrossim, Nunes (2018, p. 47) convalece que o direito à liberdade é um dos princípios do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que está ligado à liberdade de ação do consumidor agir e escolher.

Destarte, não há de se falar em liberdade sem fazer menção à frase célebre: "Liberdade, igualdade e fraternidade", memorável em decorrência da Revolução Francesa e suas consequências primordiais na aquisição desse direito fundamental (dentre outros), apresentado, pela primeira vez (MENCATO, 2016), na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Ademais, na própria Constituição Federativa do Brasil, em seu preâmbulo, destaca esse direito em sua asserção, afirmando que a democracia brasileira está destinada a:

> Assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (BRASIL, 1998).

Hegel (*apud* MENCATO, 2016) esclarece: "o direito da particularidade do sujeito de encontrar sua satisfação ou, o que é o mesmo, o direito da liberdade subjetiva constitui o ponto central e de transição na diferença entre o tempo moderno e a Antiguidade", isto é, assegurar o direito à liberdade em uma nação é um avanço para a evolução e progresso.

No mesmo sentido, Hungaro (2019, p. 776) afirma que "o mínimo afronto de uma norma de natureza consumerista viola-se a própria Constituição, devendo esta ser declarada como inconstitucional".

Ademais, é forçoso constatar que, pelo fato do fornecedor ser responsável pela exposição de meios de oferta e informação, é "impossível que a parte tenha conhecimento

amplo sobre todos os produtos e serviços colocados no mercado" (TARTUCE, 2017, p. 33). Por isso, cabe ao fornecedor dispor ao consumidor toda a transparência acerca de seus produtos ou serviços.

Portanto, pode-se concluir que o consumidor goza do livre-arbítrio de escolher o produto ou serviço que mais achar adequado à sua necessidade, assim conferida a boa-fé do fornecedor em prestar todas as informações suficientes, dando oportunidade ao consumidor de escolher conscientemente.

4 A RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR E AS CONSEQUÊNCIAS PERANTE A PROTEÇÃO À SAÚDE E SEGURANÇA

4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DO TABACO

Moraes (2009, p. 1) define responsabilidade civil "como a obrigação legal que uma pessoa tem de reparar o dano causado ilicitamente a outrem". Igualmente, o legislador, no Código de Defesa do Consumidor, estabeleceu que o fornecedor responde objetivamente na esfera cível pelos danos oriundos pelos seus produtos ou serviços, o que a doutrina denomina de teoria do risco (NUNES, 2018, p. 146).

Ora, de toda sorte, tem-se que a responsabilidade objetiva vista no Código de Defesa do Consumidor, diferentemente da responsabilidade subjetiva, inserida como regra nas relações civis do Código Civil, dispensa apenas o elemento "culpa" para a sua caracterização, por isso, Moraes (2009, p. 1) afirma que "basta uma relação entre uma ação e o dano ocorrido, estabelecida assim a teoria do risco".

Poder-se-ia definir responsabilidade civil objetiva à luz do Código de Defesa do Consumidor como a responsabilidade do fornecedor de produtos ou serviços quando em decorrência da sua produção ocorrer um dano ao consumidor que usufrui da mercadoria, portanto o fornecedor é o responsável em reparar os danos causados ao consumidor. Destarte, oportuna é a transcrição de Nunes ao dirimir que os negócios implicam em risco:

> Uma das características principais da atividade econômica é o risco 205. Os negócios implicam risco. Na livre iniciativa, a ação do empreendedor está aberta simultaneamente ao sucesso e ao fracasso. A boa avaliação dessas possibilidades por parte do empresário é fundamental para o investimento. Um risco mal calculado pode levar o negócio à bancarrota. Mas o risco é dele (NUNES, 2019, p. 146).

Outrossim, a responsabilidade civil objetiva do consumidor, além de se justificar pelo risco do empreendimento, justifica-se pela própria vulnerabilidade do consumidor. Nesse sentido, Hungaro (2019, p. 775) explica que "o consumidor diante de uma relação constituída juntamente com o fornecedor, carece de uma proteção especial por parte da legislação em face de sua vulnerabilidade", o que justifica a redação do legislador em consagrar direitos específicos aos consumidores. Portanto, concluir-se-á que a responsabilidade civil objetiva do fornecedor, em face do consumidor, é uma das ferramentas especiais utilizadas pelo legislador para dar amparo aos consumidores vulneráveis.

Desse modo, para ser discutida a responsabilidade civil objetiva do fornecedor dos produtos derivados do tabaco em face dos consumidores prejudicados, a priori, deve-se averiguar a concretização da relação de consumo entre o usuário de tabaco e fornecedor desse produto.

De fato, a legislação trouxe os conceitos de consumidor e fornecedor, e a hermenêutica jurídica solucionou as lacunas à deriva da norma jurídica. O artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, conceitua o consumidor como "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final", contudo, para se averiguar quem é o destinatário final, a doutrina recorreu à teoria finalista mitigada (ou finalismo aprofundado) (HUNGARO, 2019, p. 777).

Como bem explica Cavalieri Filho (2019, p. 83), a corrente finalista mitigada "admite, excepcionalmente, a aplicação das normas do CDC a determinados profissionais e pequenas empresas, desde que se trate de consumo intermediário e fique demonstrada '*in concreto*' a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica". Em suma, o que realmente ocorre é que as pessoas jurídicas podem ser destinárias finais do produto, caso sua atividade principal não possua o mesmo objeto daquilo que está adquirindo ou contratando.

O consumidor, tanto pessoa física como jurídica, é considerado vulnerável na medida em que haja, pelo menos, uma vulnerabilidade intrínseca à relação de consumo, seja técnica, jurídica ou econômica.

Cavalieri Filho (2019, p. 71) assevera que "a vulnerabilidade técnica decorre do fato de não possuir o consumidor conhecimentos específicos sobre o processo produtivo, bem assim dos atributos específicos de determinados produtos ou serviços pela falta ou inexatidão das informações que lhe são prestadas".

Por sua vez, a vulnerabilidade econômica é decorrente da discrepância da capacidade econômica e social entre o consumidor e o fornecedor, enquanto a vulnerabilidade jurídica

“resulta da falta de informação do consumidor a respeito dos seus direitos, inclusive no que respeita a quem recorrer ou reclamar; a falta de assistência jurídica, em juízo ou fora dele; a dificuldade de acesso à Justiça” (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 72). Cumpre destacar uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, da 2ª Câmara Cível, no que diz respeito à vulnerabilidade jurídica:

> Ora, lendo-se o contrato de fls. 211v., constata-se que nem mesmo o profissional do direito tem condições de assimilar, num primeiro exame, a complexidade dos negócios jurídicos contidos naquele instrumento – compra e venda de faturamento, assunção de dívida em moeda estrangeira e outras avenças. Como então poderia saber o que estava fazendo um simples consumidor? Como poderia compreender que, comprando um carro numa agência no Rio de Janeiro, estaria contraindo a mesma obrigação de alguém que o comprasse em Nova Iorque por ter assumido uma dívida em dólar? O que entende esse consumidor de contrato de faturamento? Não provou a apelante ter dado ao apelado todos os esclarecimentos necessários sobre os riscos de concordar com uma prestação cuja correção seria feita pela variação cambial do dólar, mormente em se tratando de contrato de adesão redigido sem os cuidados estabelecidos no § 3º, do art. 54 do CDC. É quanto basta para evidenciar que o contrato, nos termos em que foi celebrado, violou o princípio da transparência razão pela qual deve ser considerada como não escrita a cláusula que previa o reajuste em dólar, consoante o já citado artigo 46 do CDC que diz: Os contratos (ou cláusulas) que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance (TJ/RJ *apud* CAVALIERI FILHO, 2019, p. 72).

No caso do fornecedor do tabaco, o usuário é destinatário final do produto, portanto é um consumidor. Moraes (2009, p. 4), por sua vez, atesta que “o fumante é aquela pessoa que adquire o cigarro e o utiliza como destinatário final, dessa forma ocorre a relação de consumo e os fumantes passivos, que são as maiores vítimas do evento (fumar), apesar de não configurarem como consumidores finais”.

A vulnerabilidade dos consumidores fumantes se dá em decorrência da sua vulnerabilidade técnica, uma vez que, nas embalagens dos produtos, não consta com precisão e inteireza acerca de sua nocividade, além da vulnerabilidade jurídica, pois como o consumidor pode compreender que estava adquirindo e usufruindo um produto que apenas com tratamento médico ou com muita determinação quitaria o seu consumo?

A responsabilidade civil do fornecedor do tabaco recai acerca da reparação de danos causados pelo consumo dos produtos. Por sua vez, Moraes (2009, p. 4) certifica que, “em relação à reparação dos danos causados pelo produto das empresas tabagistas por danos à

personalidade, os tribunais pátrios têm caminhado de forma lenta, em relação ao dever de indenizar".

Indubitavelmente, o que se vê é que a jurisprudência majoritária é quase unânime em dizer que não existe responsabilidade civil do fornecedor do tabaco, pois o consumidor goza do livre-arbítrio para escolher o que deseja usufruir. No mesmo sentido, afasta-se a responsabilidade civil do Estado, pois, com base no Código de Defesa do Consumidor, quem teria o dever de indenizar o consumidor pelos danos advindos de um produto periculoso seria o fornecedor.

Vale observar que o Poder Legislativo e Executivo tentam, por, aproxidamente, 20 (vinte) anos, diminuir o consumo do tabaco no país brasileiro, e quem mais perde é o consumidor e o próprio Estado, uma vez que quem tem que realizar continuadamente campanhas, custear os próprios centros de reabilitação e providenciar a eficácia das legislações anti-tabaco é o poder estatal, e quem tem a saúde fragilizada e a liberdade de escolha retida pelo uso dos produtos é o consumidor. Por outro lado, quem mais ganha é o fornecedor, que usufrui livremente da economia em decorrência da venda dos produtos e, praticamente, não possui responsabilidade alguma caso seu produto ocasione algum dano.

Conclui-se, portanto, que aquele consumidor fumante lesado fica à mercê da ajuda dos poderes estatais para conseguir quitar o uso do tabaco e, em caso de algum dano à sua saúde, mesmo com as tentativas notórias de parar com o consumo, estará por conta própria para restaurar ou melhorar o seu bem-estar, muitas vezes, submetendo-se ao Sistema Nacional de Saúde, caso não tenha condições de arcar com um convênio médico particular.

A propósito, antevejo relevância em recordar que quem abastece os cofres públicos que custeiam os tratamentos médicos, preventivos e repressivos, pelo Sistema Nacional de Saúde é a população, portanto pode-se afirmar que, atualmente, a responsabilidade de restaurar a saúde do fumante é da própria sociedede brasileira.

4.2 LIBERDADE DE ESCOLHA X LIVRE-ARBÍTRIO

Convém pôr em relevo que os produtos derivados do tabaco são de fácil localização no mercado de consumo e são compostos por milhares de substâncias tóxicas que causam danos à saúde, cumpre ressaltar, entre elas, a nicotina que é a responsável por causar dependência química do usuário, deteriorando a saúde, deixando o fumante exposto a várias doenças crônicas.

À vista do exposto, é de relevância internacional sobre quem recai a responsabilidade civil em face dos danos causados à saúde, conforme aponta a Convenção-Quadro para o controle do tabaco:

> As questões relacionadas à responsabilidade, conforme determinado por cada parte dentro de sua jurisdição, são um aspecto importante para um amplo controle do tabaco [...] A Convenção não afetará de nenhuma maneira os direitos de acesso das Partes aos tribunais umas das outras onde houver tais direitos, nem os limitará de modo algum (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 2005).

Destarte, à luz da legislação brasileira, Cavalieri Filho (2012 p. 194) esclarece que "todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa".

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor trouxe consigo três hipóteses de exclusão de responsabilidade do fornecedor, a saber: "a não-colocação do produto no mercado; a inexistência do defeito e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro" (MORAES, 2016, p. 1).

Para Moraes (2016, p. 1), argumentos não faltam para eximir a responsabilidade do fornecedor aos danos causados aos consumidores, o que, de fato, é uma realidade, pois a doutrina e a jurisprudência não reconhecem a responsabilidade civil do fornecedor do tabaco em decorrência dos males expostos à saúde pela justificativa de que todos os cidadãos têm livre-arbítrio, ou seja, direito de escolher conscientimente e o direito à liberdade, propriamente dito.

Em 2010, pelo entendimento em parte do Recurso Especial nº 1.197.660, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão julgou improcedente o recurso interposto pelos autores, ora familiares do fumante falecido, em que se pleiteava a reparação dos danos causados ao *de cujus*, fundamentando sua tese de que o cigarro é um produto de periculosidade inerente (STJ, 2010).

> 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 (STJ, 2010).

Em seu voto, o relator discorre que, *in verbis*, "o cigarro é um produto de periculosidade inerente e não um produto defeituoso", defendendo a concepção de que não há como julgar

procedente a demanda, sob o fundamento de uma suposta "falta de conhecimento" do que o cigarro poderia acarretar na saúde do *de cujus*. O relator deixa claro sua ideia de que o fornecedor não pode ser responsabilizado, na medida em que forneceu todas as informações suficientes sobre a periculosidade do produto, diferentemente do que acontecia no passado (STJ, 2010).

Atualmente, o fornecimento dos produtos derivados do tabaco são regulamentados com supedâneo no Código de Defesa do Consumidor, o qual dispõe que o fornecedor deve especificar os malefícios do uso do produto na própria embalagem. Portanto, pelo entendimento do relator, caberia a indenização do pedido "somente se fosse possível, no caso concreto, determinar quão relevante foi o cigarro para o infortúnio (morte), ou seja, qual a proporção causal existente entre o tabagismo e o falecimento, poder-se-ia cogitar de se estabelecer um nexo causal juridicamente satisfatório" (STJ, 2010). De fato, o relator considera que o consumidor, *in casu*, o falecido fumante, sabia da nocividade do tabaco, por isso, há a culpa exclusiva pelos danos que sofreu (PASQUALOTTO, 2014).

> 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 (STJ, 2010, grifo nosso).

É mister averiguar que a denominada "contaminação propagandista" — citada pelo relator — decorre do fato de que muitos doutrinadores afirmam que a mídia manipula, esconde e dissimula os/dos consumidores sobre os reais efeitos do consumo do tabaco e, ainda, mascara o fato de que o consumidor adquirente do vício pelo cigarro, quando quiser abandonar o uso, poderá fazê-lo em qualquer tempo (ÁVILA; SAMPAIO, 1964).

De forma sucinta, os principais motivos que levam a jurisprudência a não reconhecer a responsabilidade do fornecedor do tabaco pelos danos causados aos usuários se resumem em:

> a) a licitude da atividade; b) desconsideram a confissão da Philip Morris USA; c) colocar produtos de periculosidade inerente no mercado – por si só – não gera responsabilidade; d) Do estrito cumprimento pela ré das normas expedidas pelo governo federal disciplinando as informações que devem ser prestadas pelas empresas fabricantes de cigarros aos consumidores" (MORAES, 2016, p. 2).

Viceja grande discussão se o vício que o uso do cigarro acarreta à saúde da pessoa humana não aprisiona o seu verdadeiro livre-arbítrio por não conseguir colocar em prática a escolha de parar de fumar (efeitos da nicotina), consequentemente, o direito à liberdade mostra-se violado, levando-se a lição de que a jurisprudência, ao ficar do lado do fornecedor, está seguindo uma linha inconstitucional por violar diretamente o direito à saúde e os direitos à personalidade previstos na Constituição Brasileira e, subsequentemente, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

A cultura do fumo proporciona uma série de estigmatizações acerca da manutenção do tabagismo em favor dos fornecedores, porque, constantemente, se espairece a ideia de que "a vontade seria a única alavanca a ser movida pelo tabagista, para garantir-lhe a renúncia certa ao consumo do tabaco" (DELFINO, 2008, p. 17), ou, melhor, há a ideia de que o usuário pode quitar o fumo no tempo que assim desejar.

A nicotina é a grande vilã pelo aprisionamento do usuário no consumo do produto tabagista. Delfino garante que a síndrome de abstinência não pode ser superada por mera vontade do usuário, pois é demasiado crucial que o fumante procure um tratamento específico para o combate de seu vício, incluindo intervenções comportamentais e farmácológicas (DELFINO, 2008, p. 17).

Por isso, há de ser reconhecido que não existe livre-arbítrio quando o indíviduo ainda estiver preso ao consumo do tabaco. No mesmo sentido, Delfino atesta que "não havia e ainda não há – ao menos na maior parte dos casos – livre-arbítrio ao se iniciar a prática do tabagismo" (DELFINO, 2008, p. 20).

Em relação à crítica do Ministro Relator Luis Felipe Salomão sobre a contaminação propagandista, é de se perceber que os produtos tabagistas não são como outros produtos dispostos no mercado de consumo, uma vez que nenhum outro produto aprisiona o consumidor a dispor dos produtos do fornecedor. Poder-se-ia dizer que os fumantes dependem do fornecedor, digne-se chamá-los de fumantes *involuntários*, pois, na definição da palavra[6], os fumantes se encontram na obrigação de fumar.

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (BRASIL, 1988).

---

[6] O Dicionário Online de Língua Portuguesa (2020, on-line) conceitua invonluntário como "Que ocorre sem influência da vontade; involuntário ou espontâneo: comportamento involuntário; erro involuntário. Que se encontra por obrigação numa determinada circunstância; forçado".

Portanto, concluir-se-á que o livre-arbítrio, o direito à liberdade e o direito à escolha não podem ser concretizados enquanto o indíviduo não conseguir, por si só, parar de fumar. Consequentemente, filio-me ao entendimento de que aquele que deseja parar de fumar tem direito à recuperação e tratamentos das eventuais enfermidades, sendo dever do fornecedor ressarcir todos os danos suportados pelo consumidor.

4.3 O DIREITO À INDENIZAÇÃO DO CONSUMIDOR FUMANTE: FUNDAMENTOS JURÍDICOS E CONDIÇÕES DA AÇÃO

Convém afirmar que a responsabilidade civil "abrange o estudo do ressarcimento dos danos, patrimoniais e morais, decorrentes de atos ilícitos ou de hipóteses consideradas hábeis a gerar indenização pelos danos causados" (OLIVA, 2020, p. 10). À evidência, os danos à saúde causados ao fumante involuntário serão passíveis de indenização, na medida em que o tratamento da saúde e a farmacoterapia dependem de pecúnia.

Maia, por sua vez, recorda que a responsabilidade civil está sujeita à condição *sine qua non* da existência do prejuízo. Portanto, o direito à saúde, quando ferido, fica sujeito à responsabilidade civil do agente causador do dano. No mesmo sentido, a "responsabilidade [...] se conceitua como obrigação que incumbe a alguém de ressarcir o dano causado a outrem, em virtude da inexecução de um dever jurídico de natureza legal ou contratual" (MAIA, 2008, p. 190-192).

Destarte, à luz do Código de Defesa do Consumidor, pode-se afirmar que o dever de informação por parte do fornecedor é um dever jurídico, e sua omissão, quando existir um dano, perfaz-se em responsabilidade civil, além de que o fumante involuntário, tecnicamente, é obrigado a usar o tabaco, e ninguém deve ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Maia (2008, p. 190) resume que a responsabilidade "está ligada ao dever contraído pelo causador da ameaça de dano (dano consubstanciado), de assumir perante a esfera pública, seja judicial ou extrajudicialmente, o prejuízo decorrente de seus atos". No mais, resta-se claro o direito à indenização daquele consumidor fumante invonluntário, que deseja assumir o seu estado de impotência em relação ao tabaco.

Por fim, claro está, portanto, que, diante da necessidade da atuação do Poder Judiciário para a redução do consumo do tabaco no território brasileiro, a responsabilidade civil surge como o melhor caminho, possuindo natureza reparadora e repressiva. O cabimento de uma eventual ação de indenização por danos materiais em face do fornecedor do tabaco se justifica

frente à teoria do risco da atividade, uma vez que, em relação aos produtos periculosos, "a potencialidade do risco de dano já é capaz de imputar a responsabilidade ao fornecedor, que, em caso de concretização do prejuízo, será obrigado a reparar o consumidor de acordo com a modalidade objetiva de responsabilização" (MAIA, 2008, p. 186).

Sobreleva notar que não há como se falar em responsabilidade civil quando o consumidor não tem morbidades em sua saúde em decorrência do tabaco ou mesmo quando não possui interesse na reabilitação, porque isso iria contra a essência do próprio instituto da responsabilidade civil.

Outrossim, com base no artigo 17, *caput*, do Código de Processo Civil: "para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade". Consequentemente, aquele que não deseja parar de fumar, mesmo com lesões à sua saúde, não tem interesse na responsabilidade civil, à vista que, *in casu*, o livre-arbítrio e o direito à escolha consciente do consumidor prevaleceria.

Neste racíciono, conclui-se que quem tem interesse na responsabilidade civil do fornecedor é o fumante *involuntário*, que passou a comprar e usar o tabaco continuadamente exclusivamente pela dependência à nicotina. Deste modo, frente aos danos à sua liberdade e à sua saúde, exsurge claro e insofismável o dever de reparação por parte dos fornecedores, de modo a custear a farmacoterapia e os tratamentos médicos imprencindíveis para a restauração da saúde e quitação do uso do tabaco.

5 CONCLUSÃO

Por fim, resta, plenamente cabível, evidenciar a responsabilidade civil do fornecedor do tabaco em relação aos danos à saúde e à liberdade, causados pelo seu produto periculoso, e, inclusive, a responsabilização dá engajamento ao Poder Judiciário de colaborar com as políticas anti-tabaco.

O consumidor dependente do tabaco pode ser chamado de fumante *involutário*, na medida em que só continua usufruindo dos produtos por causa da dependência física da nicotina, por isso, pode-se dizer que o consumidor fumante *involuntário* se encontra em uma situação de lesão aos seus direitos fundamentais, a saber: direito à escolha, direito à liberdade e direito à dignidade. Veja-se que o consumidor somente compra os produtos tabagistas por uma condição imposta pelo próprio produto e, consequentemente, imposta pelo fornecedor.

Apesar de ser dever do Estado garantir a eficácia do direito à saúde para sociedade, causa, no mínimo, estranheza o próprio Estado ter que arcar com os tratamentos à saúde,

inclusive com a farmacoterapia, quando quem deveria ser responsabilizar pelos produtos periculosos é o fornecedor, frente à teoria do risco do empreendimento.

Vale dizer que o consumo do tabaco tem crescido progressivamente pelo forte "simbolismo cultural" entre os jovens adolescentes, especialmente, em relação ao *narguilé*. Assim, é oportuna a indagação de que será que os jovens fumantes sabem a dimensão do vício à nicotina?

O tratamento da nicotina por meio da farmacoterapia é oneroso, ou seja, o consumidor fumante *invonlutário* opta pela continuação do uso do tabaco ou opta pelo tratamento médico. Veja-se que não há uma terceira opção, ao menos na maioria dos casos.

Faz valer pôr em evidência que, apesar do fundamento jurídico acerca da responsabilidade civil supra, é forçoso constatar que não há como o consumidor fumante que não deseja parar de fumar ser responsabilizado, por falta de interesse processual. Por outro lado, aquele que deseja parar de fumar frente aos danos à sua saúde tem direito à indenização, na medida em que ninguém pode fazer ou deixar de fazer algo, *in casu*, comprar e consumir o tabaco senão em virtude da lei.

REFERÊNCIAS

A ANVISA E O CONTROLE DOS PRODUTOS DERIVADOS DO TABACO. **Agência Nacional de Vigilância Sanitária**. 2014, *online*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/106510/106594/A+Anvisa+e+o+Controle+dos+Produtos+Derivados+do+Tabaco/4af73983-9d76-4af4-93c0-e35f153a18a7>. Acesso em: 2. de abr. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DA VIGILÂNCIA SANITÁRIA: banco de dados (*online*). Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/danos-do-tabaco-a-saude>. Acesso em: 2. de abr. 2018.

ANDRADE, Vander F. **A dignidade da pessoa humana como valor-fonte da ordem jurídica**. Revista Imes. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/435>. Acesso em: 29. de mar. 2018. pgs. 29 – 43, 2002.

ÁVILA, Marília de.; SAMPAIO, Silva. **Tabagismo, livre-arbítrio e dignidade da pessoa humana: parâmetros científicos e dogmáticos para re(pensar) a jurisprudência brasileira sobre o tema.** Revista de Informação Legislativa. pgs. 151 – 162. / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas – Ano 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1964. Trimestral.

BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria; MACHADO, Cristiani Vieira; LIMA, Luciana Dias de. **Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil**: um balanço da atuação dos

Poderes. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro , v. 14, n. 3, p. 829-839, June 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000300018&lng=en&nrm=iso>.

BARROSO, Luís R**. Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 224: 31-50. Abr/jun. 2001. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47757/45471>. Acesso em: 29. de mar. 2018.

BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

BRASIL, **Lei nº 9.249,** de 15 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9294.htm>. Acesso em: 2. de abr. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor** / Sergio Cavalieri Filho. – 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. - 10. ed. - São Paulo: Atlas, 2012. p. 194.

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Direito à saúde** – paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição. – São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA, Alexandre Luna da. **A integralidade do direito à saúde na visão do Supremo Tribunal Federal.** R. Dir. sanit., São Paulo v.20 n.1, p. 167-184, mar./jun. 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/164214/157589>. Acesso em: 20 set. 20.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **O direito à saúde**. Revista Saúde Pública., São Paulo, 1988. Disponível em: <https://www.scielosp.org/pdf/rsp/1988.v22n1/57-63/pt>. Acesso em: 23 out. 19.

DAOU, Heloisa Sami.; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direito à saúde e desenvolvimento**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil n. 31, 2019, p. 289-313. Disponível em: <https://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=668227f0-24fd-4867-a489-6702fb7ef7fb%40pdc-v-sessmgr04>. Acesso em: 20 set. 20.

DELFINO, Lúcio. **O fumante e o livre-arbítrio: um polêmico tema envolvendo a responsabilidade civil das indústrias do tabaco**. Revista Jurídico., Brasília, v. 10, n.91, jun./set. 2008. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/214/203>. Acesso em: 23 out. 19.

FRIEDMAN, Milton.; FRIEDMAN, Rose. **Liberdade para escolher**. Editora Lua de Papel. Alfragide – Portugal. 2012.

HUNGARO, Bruna de França. **Direito do consumidor à luz da Lei dos Juizados Especiais Cíveis**. Direitos Humanos: juridicidade e efetividade. Organizadores: Souza Junior, Arthur Bezerra de.; Paula, Daniel Giotti de.; Klausner, Eduardo.; Silva; Rogerio Borba da. ISBN: 9788582737712. Rio de Janeiro, 2019, p. 775-794. Disponível em:

<https://www.caedjus.com/wp-content/uploads/2019/08/Direitos_humanos_juridicidade_e_efetividade_miolo.pdf>. Acesso em: 06 out. 2020.

MENCATO, Stephany D. P **Liberdade, igualdade e fraternidade – Ideais da Revolução Francesa contemporaneamente**. 2016, *online*. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=17597>. Acesso em: 28. de. mar. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira.; COELHO, Inocêncio Mártires.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4 edição, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. Disponível em: <http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3238/gilmar-mendes-curso-de-direito-constitucional.pdf>. Acesso em: 20 de set. 20.

MORAES, Carlos Alexandre. **A responsabilidade civil das empresas tabagistas**. *In:* Encontro Internacional de Produção Científica Cesumar., Maringá – Paraná, 2009. Disponível em: <https://www.unicesumar.edu.br/epcc-2009/wp-content/uploads/sites/77/2016/07/carlos_alexandre_moraes3.pdf>. Acesso em: 23 out. 19.

NETO, Eugênio F. **A relatividade do livre-arbítrio e a responsabilização da indústria do fumo. A desconstrução de um mito. Reflexões brasileiras a partir do caso United States v. Philip Morris et al** (The Relativity of Free Will and Liability of the Tobacco Industry – Deconstruction of a Myth. Brazilian Meditations on the United States V. Philip Morris Et Al. Case). Revista de Derecho Privado, nº 31, julho-dezembro de 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2898979https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2898979>. Acesso em: 29. de mar. 2018.

NUNES, Emília. **Consumo de tabaco. Efeitos na saúde**. Revista Portuguesa de Medicina Geral e Familiar, [S.l.], v. 22, n. 2, p. 225-44, mar. 2006. ISSN 2182-5173. Disponível em: <http://www.rpmgf.pt/ojs/index.php/rpmgf/article/view/10231/9967>. Acesso em: 30 mar. 2018.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor** / Rizzatto Nunes. – 12. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**/ Organização Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Convenção – Quadro para o Controle do Tabaco**. 2005. Genebra – Suíça. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/106510/106609/Conven%25C3%25A7%25C3%25A3o%2BQuadro-Texto%2BPublicado_Portugu%25C3%25AAs.pdf/884b7260-fa9f-439d-a7a0-e28e0936726b>. Acesso em: 8. de abril. 2018.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

PASQUALOTTO, Adalberto. **O direito dos fumantes à indenização**. Revista Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. v. 41, n 133 (2014). Disponível em: < http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/219>. Acesso em: 8. de abr. 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STJ, REsp 1.113.804/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, un., 27.04.2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual.** 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.