

ACIONANDO A INDÚSTRIA DO FUMO POR DANOS CAUSADOS À SAÚDE – CRONOLOGIA DE UMA MUDANÇA DA MARÉ

Eugênio Facchini Neto¹

Sumário: 1 Introdução. 2 A difusão do tabagismo e a invulnerabilidade da indústria do fumo. Explicações para um sucesso inusitado. 3 A revelação dos malefícios tabaco-relacionados e a comprovação da má-fé da indústria do fumo. 4 As diversas “ondas” de ações indenizatórias nos Estados Unidos. 4.1 A primeira onda. 4.2 A segunda onda. 4.3 A terceira onda. 5 Ações de ressarcimento movidas pelos Estados-membros. O *Master Settlement Agreement*. 6 A União entra na luta – o caso *United States v. Philip Morris et al.* 7 A maré crescente. Demandas contra a indústria do fumo fora dos Estados Unidos. 7.1 O caso italiano. 7.2 O caso canadense. 8 A tardia admissão de uma responsabilidade. 9 Considerações finais. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO.

“Acte I

Scène I

Sganarelle, Gusman

Sganarelle, tenant une tabatière.

Quoi que puisse dire Aristote et toute la Philosophie, il n'est rien d'égal au tabac : c'est la passion des honnêtes gens, et qui vit sans tabac n'est pas digne de vivre. Non seulement il réjouit et purge les cerveaux humains, mais encore il instruit les âmes à la vertu, et l'on apprend avec lui à devenir honnête homme. Ne voyez vous pas bien, dès qu'on en prend, de quelle manière

¹ Doutor em Direito Comparado (Florença/Itália), Mestre em Direito Civil (USP). Professor Titular dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/RS. Professor e ex-diretor da Escola Superior da Magistratura/AJURIS. Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul/Brasil.

obligeante on en use avec tout le monde, et comme on est ravi d'en donner à droit et à gauche, partout où l'on se trouve ? On n'attend pas même qu'on en demande, et l'on court au devant du souhait des gens : tant il est vrai que le tabac inspire des sentiments d'honneur et de vertu à tous ceux qui en prennent. »²



ssim começava Molière sua peça *Don Juan*, há 360 anos atrás. O hábito de fumar, à luz do que é dito na peça, não só era difundido entre os membros da elite econômica e social, como tinha grande prestígio³. Tal apologia ao cigarro e ao hábito de fumar, hoje seria vista como incorreta, inadequada, ou, quiçá, como sarcástica⁴. O próprio Molière, renascido fosse e

² Trata-se da primeira cena do primeiro ato da peça “Don Juan ou le festin de Pierre”, de Molière, encenado pela primeira vez em 1655, no Teatro do Palácio Real. Texto acessado no site <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/lv000002.pdf>, em 05.12.2015 Em tradução livre: “Não importa o que diga Aristóteles e toda a filosofia, não há nada igual ao tabaco: é a paixão da gente honesta, e quem vive sem tabaco não merece viver. Não apenas limpa e alegra os cérebros humanos, como também instrui as almas para a virtude, e aprende-se com ele a se tornar homem honesto. Não estão vendo, desde que fumantes, como se trata todo o mundo com gentileza e como nos deliciamos em oferecê-lo a torto e a direita, onde quer que nos encontremos? Nem esperamos ser solicitados, corremos logo a agradar as pessoas: tanto é verdade que o tabaco inspira sentimentos de honra e de virtude em todos que o fumem”

³ Todavia, tal apologia ao tabaco naquele período histórico estava longe de ser unânime. Do outro lado do canal da Mancha, nas ilhas britânicas, o Rei James I, no seu “*Counterblaste to Tobacco*,” em 1604, descreveu o tabaco em termos extremamente depreciativos: “*A custome lothsome to the eye, hatefull to the Nose, harmefull to the braine, dangerous to the Lungs, and in the blacke stinking fume thereof, neerest resembling the horrible Stigian smoke of the pit that is bottomlesse.*” Disponível em <http://www.luminarium.org/renascence-editions/james1.html>, acesso em 28.01.2016. Em tradução livre: “Um costume repugnante aos olhos, odioso para o nariz, prejudicial para o cérebro, perigoso para os pulmões, cuja fumaça enegrecida e mal-cheirosa mais parece com a fumaça do Estige [um dos rios do Inferno, na mitologia grega], oriundo das profundezas da terra”.

⁴ Como disse a Dra. Gro Brundtland, Diretora da Organização Mundial da Saúde - OMS à época da negociação da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco: “O cigarro é o único produto de consumo no mercado que mata metade dos seus usuários regulares ao ser consumido conforme as instruções dos fabricantes” – *apud* HOMSI, Clarissa Menezes. *As Ações Judiciais Envolvendo o Tabagismo e seu Controle*. In HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). *Controle do Tabaco e o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de

tendo lido o que hoje se sabe sobre os reais efeitos do tabaco, certamente teria reescrito sua peça ou simplesmente abolido a conhecida abertura de seu primeiro ato.

Basta comparar o elogio de Molière com o que, em 15.04.2017, foi publicado pelo médico cancerologista Dráuzio Varella no Jornal Folha de São Paulo (“Um mundo de fumantes”), onde se afirma que “o cigarro é a principal causa de morte precoce em mais de cem países”⁵.

Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 56, n.r. n. 21. Afirmção semelhante foi feita pelo Professor G. Robert Blakey, da Universidade de Notre Dame, Indiana/USA, perante o *Committee on the Judiciary*, do Senado Federal norte-americano, durante a investigação denominada “Department of Justice Oversight: Management of the Tobacco Litigation”, no dia 05 de setembro de 2001: “The industry produces the only consumer product that injures or kills when used as directed” (em trad. livre: “a indústria [do tabaco] produz o único produto de consumo que lesa ou mata quando usado conforme as instruções”. Na mesma ocasião, também foi dito que “the industry manipulates the nicotine content in cigarettes”. Sobre a conduta ignóbil da indústria do fumo, escondendo informações e falsificando dados sobre o caráter viciante do cigarro e seus malefícios, disse ainda que “after a meeting in the Plaza Hotel in New York City on December 15, 1953, called to develop a public relations response to a Sloan-Kettering Institute report, that established cigarette smoke condensate as a cause of cancer in mice, the tobacco industry began its conspiracy to mislead, deceive, and confuse smokers, physicians, health care payers, and government officials about nicotine, its lethal and addictive properties” – United States Congress Senate Committee on Judiciary. *Department of Justice Oversight: Management of the tobacco litigation*. Washington: U.S. Government Printing Office, 2002, p. 39.

⁵ Eis as partes principais do artigo:

“Acaba de ser publicado na revista "The Lancet" o estudo mais completo sobre a prevalência mundial do fumo. Foram avaliados 2.818 bancos de dados existentes em 195 países, no período de 1990 a 2015. As principais conclusões são as seguintes:

1) No mundo inteiro, fumam diariamente 25% dos homens e 5,4% das mulheres.

3) Entre 2005 e 2015, essas porcentagens aumentaram apenas em quatro países: Congo e Azerbaijão para os homens, e Kuwait e Timor-Leste para as mulheres.

4) Embora a prevalência tenha caído cerca de 30% entre 1990 e 2015, o crescimento populacional elevou o número total de fumantes de 870 milhões para 933 milhões, no mesmo período.

5) Apesar da redução da prevalência, a mortalidade aumentou 4,7%.

6) Em 2015, houve 6,4 milhões de mortes atribuíveis ao cigarro. Esse número corresponde a 11,5% do total de mortes no mundo. Metade delas ocorreu em quatro países: China, Índia, Estados Unidos e Rússia.

7) Em 1990, fumar estava entre as cinco principais causas de incapacitação para o trabalho em 88 países, número que aumentou para 109, em 2015.

A inversão da tendência – do elogio e difusão do consumo à diminuição e crítica - foi lenta, muito lenta.

Assistindo-se a filmes realizados em meados do século XX, impressiona a quantidade de cenas em que os atores e atrizes, principais ou secundários, aparecem fumando. Por um lado, “a arte imita a vida”, pois efetivamente era muito difundido o hábito de fumar. Os filmes, portanto, simplesmente espelhavam a realidade. Por outro lado, sabendo a indústria do fumo que “a vida imita a arte”, durante décadas ela pagou para artistas e diretores introduzirem cenas de personagens fumando nos filmes, como forma de publicidade subliminar, buscando eficazmente influenciar condutas humanas. Essa sua estratégia está atualmente bastante documentada⁶.

De qualquer sorte, fumava-se intensamente. Era simplesmente uma questão de gosto. Ninguém parecia se incomodar com o cigarro e sua fumaça. Poucos falavam dos riscos à saúde.

Posteriormente a situação se inverteu: “o tabaco tornou-

9) A prevalência de fumantes do sexo masculino é mais alta nos países de desenvolvimento socioeconômico intermediário. Entre as mulheres, é mais elevada nos países industrializados.

15) Graças ao bombardeio das campanhas publicitárias, no Leste Europeu a prevalência entre as mulheres aumentou a partir de 1990 e se manteve em níveis altos entre os homens (chega a 60% na Ucrânia).

Segundo Emmanuela Gakidou que liderou o estudo, “o Brasil tem sido uma enorme história de sucesso”. No período de 1990 a 2015, o país apresentou a terceira maior queda mundial na prevalência em ambos os sexos: 55%. Em 1990, cerca de 30% dos brasileiros com mais de 15 anos fumavam; hoje, são pouco mais de 10%.

A diminuição foi alcançada graças a um conjunto de políticas públicas: aumento de impostos, restrições à publicidade e ao fumo em lugares públicos, imagens expostas nos maços de cigarro e divulgação dos malefícios pelos meios de comunicação de massa. (...)

Em sua trajetória criminosa, a indústria do fumo se volta agora para os mercados emergentes dos países africanos situados abaixo do deserto do Saara, em que as leis de combate ao tabagismo são frouxas e onde faltam recursos para enfrentar o marketing milionário das companhias.”

⁶ Dentre tantas situações comprovadas, “Sylvester Stallone recebeu US\$500 mil para fumar cigarros em cinco de seus filmes, a fim de associar o ato de fumar com a força e a boa saúde” - RICARD, Matthieu. *A revolução do altruísmo*. São Paulo: Palas Athena, 2015, p. 441.

se o grande vilão e o inimigo principal da saúde pública⁷, além de fator de exclusão de meios sociais, sendo identificado com maus hábitos de higiene”⁸.

A partir do momento em que houve uma maior conscientização de tais males e, principalmente, desde quando os países do primeiro mundo passaram a proibir ou restringir a publicidade do cigarro⁹, a tendência começou a se inverter.

Este artigo pretende expor as razões do crescimento do tabagismo e da aparente invulnerabilidade da indústria do fumo, mesmo após a comprovação dos enormes malefícios causados à saúde dos fumantes pelo uso contínuo do tabaco. Na sequência serão analisadas as diversas ondas de demandas envolvendo a responsabilidade civil da indústria do fumo, nos Estados Unidos, desde o êxito inicial das teses defensivas até o momento em que a maré começou a mudar, a partir de meados da década de noventa do século passado, com as primeiras ações, coletivas e individuais, sendo acolhidas. Na parte final será feita referência à

⁷ “O consumo do tabaco e de seus derivados é um dos mais graves males que afetam o direito à saúde (...). Por essa razão, e tendo em conta que da disseminação do consumo de tabaco e do estímulo ao aumento do número de consumidores decorrem graves efeitos sociais, inclusive sobre pessoas que não são consumidoras diretas mas que sofrem os efeitos do tabagismo, impõe-se o controle do tabaco” - DALLARI, Dalmo de Abreu. “Controle do uso do tabaco: constitucionalidade do controle da distribuição e da publicidade”. In: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). *Publicidade de Tabaco – Frente e Verso da Liberdade de Expressão Comercial*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 38.

⁸ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 244.

⁹ No Brasil, a Lei 9.294/96, posteriormente alterada pela Lei 10.167/2000, restringiu a propaganda de cigarros à parte interna dos pontos de venda (com uso de pôsteres, cartazes, painéis). Desde 2001, a propaganda de cigarros foi excluída dos meios de comunicação de massa.

Os autores são concordes ao afirmar a influência da publicidade sobre o vício do tabagismo. Isabella Henriques refere que “de forma geral as pesquisas demonstraram que a publicidade de cigarros – mesmo sob outras formas de comunicação mercadológica, como a exposição de cigarros nos pontos de venda – tem uma enorme influência no encorajamento ao início da atividade de fumar entre adolescentes” - HENRIQUES, Isabella. “Controle do Tabaco X Controle do Álcool: Convergências e Diferenciações Necessárias. In: HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). *Controle do Tabaco e o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2011, p. 254.

experiência italiana e canadense, onde igualmente se verifica uma mudança da maré, com o acolhimento de pretensões indenizatórias. A cidadela da indústria do fumo finalmente mostrou-se vulnerável.

2 A DIFUSÃO DO TABAGISMO E A LONGA INVULNERABILIDADE DA INDÚSTRIA DO FUMO. EXPLICAÇÕES PARA UM SUCESSO INUSITADO.

Poucos produtos fabricados pelo homem tiveram uma história de tão difuso e crescente êxito quanto o cigarro. Até cerca de sete décadas atrás não se sabia dos malefícios ligados ao hábito de fumar, o que explicava sua crescente expansão. O hábito de fumar, vício para os fumantes, disseminou-se por todo o globo e por todas as classes sociais ao longo do século XX. A indústria do fumo, verdadeiro oligopólio empresarial, embolsou somas bilionárias ano após ano ao longo do período, lucrando em cima das mortes e doenças sofridas pelos consumidores dos seus produtos.

De fato, “ao contrário de outras epidemias, há um setor que recebe benefícios econômicos diretos na medida em que esta epidemia se agrava e que, portanto, promove atividades para que isso aconteça”. Tal setor econômico é a indústria do tabaco, que gasta bilhões de dólares a cada ano para comercializar (lembrando-se que muitos países subdesenvolvidos não proíbem a publicidade do cigarro), direta ou indiretamente, os seus produtos, utilizando uma combinação de táticas de publicidade, promoção e patrocínio para influenciar diretamente o consumo do tabaco e o comportamento relacionado ao tabaco. Está demonstrada “uma clara correlação no impacto das estratégias de publicidade, promoção e patrocínio nos níveis de consumo, especialmente entre os jovens”¹⁰.

¹⁰ CABRERA, Oscar; GUILLEN, Paula Ávila; CARBALLO, Juan. “Viabilidade Jurídica de uma Proibição Total da Publicidade de Tabaco. O Caso perante a Corte

A partir da década de cinquenta do século passado, quando a medicina passou a correlacionar o tabagismo com um número crescente de doenças, especialmente as pulmonares, algumas ações indenizatórias foram ajuizadas por fumantes, ou seu familiares, contra a indústria do fumo.

A indústria do fumo, desde esta primeira onda de demandas indenizatórias, adotou uma estratégica básica, da qual jamais se afastou nas décadas posteriores, ao enfrentar novas ondas de demandas, nos Estados Unidos e em outros países: além de usar recursos ilimitados para vencer as demandas, jamais transigiram, jamais negociaram acordos, jamais reconheceram qualquer parcela de responsabilidade¹¹. Somente no final da década de noventa é que passaram a fazer alguns acordos – tendência que se acentuou na primeira década do presente século.

Durante os primeiros quarenta anos de litúgio, porém, a indústria do fumo adotou a estratégia de negar sempre, e veementemente, qualquer responsabilidade: esse o mantra transmitido pela Diretoria de tais empresas aos seus advogados, que fielmente jamais se afastaram do *script*.

Na implementação da estratégia de sempre contestar, jamais reconhecer, nunca foram poupados recursos. Sempre foram as melhores bancas advocatícias chamadas para a defesa das causas. Foram contratados consultores, analistas, psicólogos, enfim, uma série de profissionais para analisar a reação de juízes e jurados¹² e indicarem quais são os argumentos mais bem

Constitucional da Colômbia”. In: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). *Publicidade de Tabaco – Frente e Verso da Liberdade de Expressão Comercial*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 258 e 259.

¹¹ “Tobacco companies have refused to offer settlements in any of the cases brought against them” - SCHWARTZ, Gary T. “Tobacco Liability in the Courts”, in: RABIN & SUGARMAN (eds.), *Smoking Policy: Law, Politics, and Culture*. New York: Oxford University Press, 1993, p. 131.

¹² Considere-se que, nos Estados Unidos, em virtude da previsão da Emenda Constitucional n. VII (garantia do julgamento pelo tribunal do júri para muitas causas cíveis, dentre as quais as ações de responsabilidade civil), essas ações são julgadas pelo tribunal do júri e não pelo juiz singular. Assim, como esclarece Gary T. Schwartz, “*company lawyers have engaged in extensive efforts to better understand the psychology and*

recebidos pelos julgadores. Assim, tratando-se de autêntico litigante habitual (em oposição ao ocasional)¹³, que enfrenta as mesmas demandas incontáveis vezes, puderam as empresas aprender com eventuais erros, aprimorar suas estratégias, afastar teses que não foram bem sucedidas, selecionar argumentos vencedores, etc.

O caso da defesa das indústrias do fumo é um autêntico *case* de sucesso. Não se levando em conta os aspectos éticos envolvidos¹⁴, foram elas profissionalmente competentes e bem sucedidas. Além da estratégia de defesa técnica, envolvendo os

thinking of jurors” (os advogados da indústria do fumo empreenderam intensos esforços para melhor entender a psicologia e modo de pensar dos jurados”). Esse mesmo autor cita trecho de outro artigo doutrinário referindo que “advogados providenciam em espécies de júris simulados para testar as reações dos jurados leigos aos argumentos jurídicos da indústria do fumo. Antes dos julgamentos reais, sondagens profissionais de opinião pública são encomendadas para sentir o pulso da população sobre temas como publicidade de cigarro, informação que poderá ser úteis para os advogados, ao selecionarem o corpo de jurados. Após os julgamentos, entrevistas minuciosas e demoradas com os jurados procuram reconstruir as deliberações minuto a minuto”. O mesmo autor prossegue, dizendo que a indústria do fumo gasta fortunas em tais esforços por saberem que o acolhimento de uma demanda tem potencial efeito de estimular novas demandas, razão pela qual “what the company saves by winning a verdict in any individual case is vastly more than what the individual plaintiff loses”. Também se descreve as táticas usadas pela indústria do fumo “to make life as painful as possible for the smoker who begins a lawsuit” (para tornar a vida o mais difícil possível para o fumante que inicia uma demanda judicial) – SCHWARTZ, Gary T. “Tobacco Liability in the Courts”, in: RABIN & SUGARMAN (eds.), *Smoking Policy: Law, Politics, and Culture*. New York: Oxford University Press, 1.993, p. 144/145 e 158, n. 33.

¹³ Dentre as três razões que Clarissa M. Honsi identifica para explicar o sucesso da indústria fumageira nos litígios envolvendo sua responsabilidade civil, há um destaque para a *vasta experiência nacional e internacional da indústria do tabaco em litígios*, ao contrário dos fumantes e familiares, *litigantes eventuais* que, em suas ações individuais, muitas vezes se ressentem de recursos e informações para bem instruir seus pleitos - HOMSI, Clarissa Menezes. *As Ações Judiciais Envolvendo o Tabagismo e seu Controle*. In HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). *Controle do Tabaco e o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 67ss.

¹⁴ Sob o aspecto ético, dever-se-ia refletir sobre a indagação feita por Ricard Matthieu: “Um motorista em estado de embriaguez que provoque um acidente mortal será condenado ‘por ter causado a morte sem intenção de matar’. O que dizer daqueles que causam a morte sem ‘intenção’ de matar, sabendo perfeitamente que provocam a morte?” - RICARD, Matthieu. *A revolução do altruísmo*. São Paulo: Palas Athena, 2015, p. 442.

argumentos jurídicos propriamente ditos – praticamente os mesmos no mundo todo, pois as grandes bancas advocatícias são orientadas a seguirem as linhas defensivas traçadas na matriz estadunidense – sua estratégia também passa pela escolha de competentes advogados locais para acompanharem as demandas, preferentemente advogados com bom trânsito e grande prestígio junto ao Judiciário (se forem renomados magistrados aposentados, tanto melhor), visitas aos juízes instrutores e julgadores, com entrega não só de memoriais (invariavelmente subscritos por juristas de renomes, para melhor impressionar os julgadores), mas também de organizado material de leitura informativa (cuidadosamente selecionado, por óbvio, e exclusivamente direcionado a sustentar seus pontos de vista, dando a impressão, pelo seu volume, que as teses defensivas representariam consenso absoluto no meio jurídico).

As teses sustentadas na defesa da indústria do fumo são substancialmente as seguintes:

1. Ausência de provas concludentes e indiscutíveis de que a doença noticiada nos autos decorresse do hábito de fumar. Sendo o câncer uma doença multifatorial, não seria possível excluir a possibilidade de que a causa do tumor da vítima tivesse outra origem que não o fumo.¹⁵

¹⁵ Atualmente, para contornar esse óbice, cada vez mais se lança mão de dados estatísticos, para se elaborar modelos de cálculos de probabilidade. Assim, por exemplo, “os estudos epidemiológicos, convertidos em modelos estatístico-matemáticos, confirmam amplamente, com índices percentuais de probabilidade superiores a 80%, no plano genérico, a correlação causal existente entre o surgimento de patologias específicas ou agravamento de outras, e o consumo de cigarros”. Isso permite a que se chegue “ao resultado útil de transferir o custo do dano da vítima a aquele ou aqueles que o provocaram, segundo um significativo grau de probabilidade”. Caso assim não se proceda, e “não existindo opções ‘neutras’ no mundo jurídico, insistir sobre a necessidade de se provar que o fumo provocou câncer num sujeito específico e atribuir tal ônus ao lesado/consumidor, equivale a afirmar, em qualquer caso, a indemonstrabilidade prática do nexa, com óbvias consequências sobre o plano de alocação do custo do dano” – nesse sentido, BALDINI, Gianni. *Il danno da fumo – Il problema della responsabilità nel danno da sostanze tossiche*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 171, 172 e 173. Ainda segundo Baldini, o recurso ao critério de causalidade científico-probabilística permitirá ter como juridicamente fundada a correlação causal exclusiva ou

2. Livre-arbítrio: as pessoas teriam liberdade e autonomia para começar e para parar de fumar.
3. Para as demandas brasileiras, alega-se também que o cigarro não seria produto ‘defeituoso’¹⁶, nos termos do CDC (art. 12), pois se trata de periculosidade inerente e conhecida, inexistindo expectativa de segurança da parte

concorrente entre o fumo e a patologia discutida, sobre a base de resultados científicos baseados em leis estatísticas idôneas a confirmar a relação causal – *op. cit.*, p. 191.

¹⁶ Nos Estados Unidos, a jurisprudência desenvolveu substancialmente três critérios para a identificação de um defeito do produto (focando especialmente o caso de defeito de projeto): 1) *consumer expectation test*; 2) *risk-utility test*; 3) *Learned Hand test*. Gianni Baldini (*Il danno da fumo – Il problema della responsabilità nel danno da sostanze tossiche*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 483/487) nos fornece uma boa síntese de como funcionam tais critérios ou testes. Relativamente ao critério da expectativa do consumidor, sua aplicação era feita sob o enfoque de uma responsabilidade objetiva (*strict liability*), de forma que a demonstração do dano e da sua derivação (nexo causal) do produto já estariam a demonstrar a violação da razoável expectativa de segurança do consumidor médio. Em relação ao *risk-utility test* (critério do risco-benefício), o raciocínio se desenvolve mediante a avaliação comparativa entre a amplitude do risco criado pelo produto e os benefícios dele derivados. Quando o homem médio, adequadamente informado, entende, de modo razoável e racional, que o perigo, mais ou menos previsível, conexo ao produto, é superior às utilidades conexas ao uso do produto, este deve ser considerado defeituoso. As consequências danosas consideradas serão unicamente aquelas conexas a um uso razoável e previsível; os benefícios consistirão no conjunto de expectativas, desejos e necessidades que o uso/consumo do produto é capaz de satisfazer. De qualquer forma, quando fosse demonstrado que as mesmas necessidades e desejos poderiam ser satisfeitas com um menor risco de dano, através da adoção de um razoável projeto alternativo, o provável resultado judicial seria igualmente no sentido da afirmação da responsabilidade do produtor. Segundo S. D. Sugarman (SUGARMAN, S. D., *La responsabilità civile delle imprese produttrici di sigarette. Danno e Responsabilità*, n. 12, 2001, p. 1236s), a Corte Suprema de New Jersey já adotou esse critério (caso Bryan), afirmando que cigarros devem ser considerados produtos defeituosos, uma vez que não oferecem nenhum benefício apreciável que seja proporcional ao risco introduzido, ou tal que possa ser considerado socialmente aceitável o perigo produzido. Relativamente ao terceiro critério – *Learned Hand Test* – trata-se do conhecido critério introduzido pelo magistrado federal norte-americano, no caso *United States v. Carroll Towing Co.* (1977), segundo o qual uma espécie de *design defect* é de se ter como configurada quando os custos do dano produzido são superiores àqueles que seriam necessários para elaborar um útil projeto alternativo. Tal doutrina, destinada a ter enorme difusão e aceitação nos Estados Unidos, foi acolhido pelo *Restatement of Torts, 3rd* (terceiro), de 1999, onde se define como defeituoso o projeto do produto cujos riscos de danos poderiam ter sido reduzidos ou eliminados mediante a adoção de um razoável projeto alternativo.

do consumidor. Não haveria defeito de concepção, de fabricação, ou de informação.

4. Inaplicabilidade do CDC a fatos ocorridos em décadas anteriores; assim, inexistia dever de informar antes da legislação impositiva de tal obrigação.

Todos esses argumentos revelaram-se inicialmente eficazes. Mais recentemente, porém, sua fragilidade veio à tona.

Por vezes outros argumentos menores são trazidos à baila, como o fato de se tratar de atividade lícita, que gera empregos e paga tributos, estimulando, ainda a fumicultura. Esse tipo de argumento obviamente não se sustenta e não merece análise detida. Isso porque os tribunais estão abarrotados de demandas envolvendo danos decorrentes de atividades regulares e lícitas. Mas se delas resultarem danos, pretensões reparatórias são logicamente cabíveis, quando atendidos determinados pressupostos, como hipóteses de responsabilidade objetiva, cada vez mais amplas, além dos casos de responsabilidade por atos lícitos^{17, 18}.

¹⁷ Com a devida vênia, portanto, discordamos de Tereza Ancona Lopez, quanto à passagem de parecer que lhe fora encomendado pela indústria do fumo, onde sustenta que “o produto comercializado pela indústria e as substâncias que naturalmente compõem o tabaco, dentre as quais se inclui a nicotina (...) são legalizadas e altamente controladas/reguladas pelo Estado, sendo basilar em nosso ordenamento jurídico o não reconhecimento de ato ilícito imputável à conduta desenvolvida no mais regular exercício de direitos e em conformidade com as normas legais” – LOPEZ, Tereza Ancona. “Das consequências jurídicas da dependência ao tabaco: conceito jurídico e aptidão para constituir dano indenizável”. In: LOPEZ, Teresa Ancona (coord.). *Estudos e Pareceres sobre Livre-arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente – O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 499.

¹⁸ Do mesmo sentir é Lúcio Delfino, ao referir que “a ilicitude, portanto, reside na imperfeição do produto (extrínseca ou intrínseca), e não na atividade necessária à sua produção e/ou comercialização” - DELFINO, Lúcio. Responsabilidade Civil da Indústria do Tabaco. In HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). **Controle do Tabaco e o Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 81 e 83.

Também Rui Stoco, embora desfavorável à responsabilização da indústria fumageira por outras razões, sustenta que “o só fato de uma atividade ser lícita não se apresenta como fator de irresponsabilidade” - STOCO, Rui. *Responsabilidade civil das empresas fabricantes de cigarro*. Disponível em http://www.fat.edu.br/saberjuridico/publicacoes/Artigo_RuiStoco.pdf, acessado em 06.12.2015.

Por outro caminho, mas com idêntico desemboco prático, pode ser invocada a lição de Jamil Sayah, quando procura destacar que a preocupação maior das sociedades contemporâneas é com a segurança, em face da perspectiva de danos imprevisíveis, referindo que um papel de garantir tal segurança vem sendo desempenhado pela moderna responsabilidade civil. Esta vem revelando uma certa inversão de seus paradigmas: “au lieu de constater une faute, un dommage et un lien de causalité les unissant, le préjudice est d’abord relevé, vient ensuite la question de savoir s’il est juste de laisser telle personne dans telle situation, puis celle de savoir comment indemniser”¹⁹.

Por outro lado, se é verdade que as indústrias do fumo pagam muitos tributos, também é certo que o custo econômico causado à previdência social somente em razão de tratamentos de doenças relacionadas ao fumo supera em muito o valor desse ingresso. De fato, dados de 2012 apontam que o Brasil gasta

Daniel Ustároz, discorrendo sobre a responsabilidade civil por atos lícitos, sua tese de doutoramento, referiu que “o fundamento da responsabilidade civil pelo ilícito é a justiça corretiva, ao passo que a compensação do ato lícito ocorre mediante a consideração de ideias relativas à justiça distributiva” - USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade civil por ato lícito*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 193.

A mesma orientação – no sentido de que a licitude da atividade não significa impossibilidade de responsabilização do produtor – tem trânsito no direito comparado, como se vê da lição de José Maria López Olaciregui que há tempos já havia sustentado que “la teoría del responder civil no debe ser construída como una teoría del acto ilícito, sino como una teoría del acto dañoso y de la repartición de los daños. [...] Se trata de evitar el daño injusto ... un daño civil puede ser injusto tanto por haber sido injustamente causado como por el hecho que sea injusto que lo soporte quién lo sufrió” - OLACIREGUI, José M. López. “Esencia y fundamento de la responsabilidad civil.”. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año II, n. 64, ago.1978 – citado por HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 341.

¹⁹ Em tradução livre : “em vez de constatar uma culpa, um dano e um nexo de causalidade que os una, o dano é primeiramente identificado, depois se coloca a questão de saber se é justo deixar tal pessoa em tal situação, e por fim se verifica como indenizá-la” - SAYAH, Jamil. “Vulnerabilité et Mutation du Droit de la Responsabilité.” In : COHET-CORDEY, Frédérique (coord.). *VULNÉRABILITÉ ET DROIT. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble : Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 218.

cerca de 21 bilhões de reais anuais em tratamento de doenças relacionadas ao cigarro²⁰, o que representa valor cerca de 3,5 vezes superior à arrecadação de impostos incidentes sobre produtos do tabaco, segundo denunciou a Associação Médica Brasileira²¹. Portanto, para a sociedade civil como um todo, mesmo examinando-se apenas os aspectos econômicos envolvidos, a indústria do fumo é um peso (literalmente) morto, não um benefício. E isso sem falar dos dramas humanos envolvidos – com mortes lentas e dolorosas para os diretamente envolvidos e dor e sofrimento para os incontáveis parentes daqueles²².

Como já foi dito, a equação supra está a revelar que a indústria do fumo privatiza os lucros e socializa os custos²³, suportados, em grande parte, pelo Sistema Único de Saúde (e indiretamente por toda a sociedade).

Esses custos, por óbvio, são percebidos em todos os países. Na Itália, por exemplo, há estudos comprovando que o fumante custa para o sistema de saúde pública: 80% mais do que um não-fumante para as doenças cardíacas; 1.000% a mais para tumores pulmonares; 25% a mais para o complexo dos demais tumores; 100% a mais para as doenças respiratórias crônicas; 10% a mais para as patologias obstétricas e neonatais. Tais cifras somadas representam um excesso global de custos sanitários

²⁰ Segundo estudo da Fundação Oswaldo Cruz, publicado no Jornal O Estado de São Paulo, edição de 31.05.2012.

²¹ EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS SOBRE TABAGISMO PARA SUBSÍDIO AO PODER JUDICIÁRIO. Projeto Diretrizes, da AMB. Documento elaborado pela Associação Médica Brasileira; Ministério da Saúde/Instituto Nacional de Câncer; Aliança de Controle do Tabagismo. 2013, p. 40.

²² Situação assemelhada é vivida em outros países: dados do Canadá revelam que, em 2002, o Ministério da Saúde estimou os custos atribuídos ao tabagismo em 15,8 bilhões de dólares, ao passo que naquele mesmo ano o governo do Canadá arrecadou apenas 7,4 bilhões de dólares em tributos no setor fumo. – QUÉBEC COALITION FOR TOBACCO CONTROL. *Update on smoking costs to society*. Montréal, 2004. Disponível em http://www.cqct.qc.ca/Documents_docs/ETUD_04_01_15_GroupeDAnalyseCour-TabacENG.PDF. A situação é substancialmente a mesma em todos os países.

²³ Nesses termos, FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 827.

relacionados ao fumo na ordem de 40%²⁴, o que representaria 5 bilhões de euros. Além desse custo, estima-se uma perda de outros 10 bilhões de euros anuais, a título de custos sociais (perda de riqueza por doença e morte prematura)²⁵.

3 A REVELAÇÃO DOS MALEFÍCIOS TABACO-RELACIONADOS E A COMPROVAÇÃO DA MÁ-FÉ DA INDÚSTRIA DO FUMO.

Em meados do século XX pesquisadores começaram a relacionar o fumo a certas doenças – inicialmente, às pulmonares. A primeira publicação científica aprofundada, divulgada em revista mundialmente reconhecida, foi o artigo denominado “Smoking and Carcinoma in the Lung – Preliminary Report”, assinado pelos médicos e pesquisadores Richard Doll e A. Bradford Hill e publicado no conceituado *British Medical Journal*, em 30 de setembro de 1950. A partir de então, no mundo inteiro centros de pesquisas passaram a aprofundar pesquisas nesse setor, identificando um número cada vez maior de doenças tabaco-relacionadas. Impactante foi a publicação, no *Reader’s Digest* (revista presente em boa parte das casas de classe média do mundo, à época), de reportagem intitulada “Câncer em Maços”, em 1953, divulgando as descobertas científicas que apontavam para os malefícios associados ao fumo. Posteriormente, em 1961, os editores do *New England Journal of Medicine* [que é a mais prestigiada publicação mundial no âmbito da medicina] afirmavam que... ‘a maior parte das provas é estatística e demonstra uma forte associação entre o consumo intensivo de cigarro e o câncer de pulmão’.

Em 1964, outra publicação de impacto foi o Relatório do Surgeon General dos Estados Unidos, de 1964, intitulado

²⁴ GARATTINI, Silvio; LA VECCHIA, Carlo. *Il fumo in Italia: prevenzione, patologie & costi*. Milano: Kurtis, 2005, p. 2s.

²⁵ BALDINI, Gianni. *Il danno da fumo – Il problema della responsabilità nel danno da sostanze tossiche*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 35.

“Smoking and Health”, onde se afirmou claramente que “*Cigarette smoking is causally related to lung cancer in men; the magnitude of the effect of cigarette smoking far outweighs all other factors. The risk of developing lung cancer increases with duration of smoking and the number of cigarettes smoked per day*”²⁶.

Todavia, se a sociedade ficou impactada com a notícia – pela extensão dos reais e potenciais prejuízos à saúde de milhões de pessoas – mais impactada ainda ficou ao saber que a indústria do fumo não só já sabia desses malefícios (em razão de suas próprias pesquisas), como vinha ocultando as informações que tinha a respeito, chegando ao ponto de dolosamente manipulá-las, continuando a fazer publicidade de seus produtos, buscando assimilá-los, no inconsciente dos potenciais usuários, a maior desempenho intelectual, vigor físico, charme e masculinidade.

De fato, as informações internas detidas pela indústria do fumo, dando conta de sua perfeita ciência, desde a década de 50, dos malefícios associados ao hábito de fumar, foram deliberadamente mantidas em sigilo e somente vieram a público por um ato ilícito praticado por um funcionário de uma grande firma de advogados que trabalhava para uma das indústrias fumageiras. Referido funcionário copiou ilegalmente, entre 1988 e 1992, 70.000 páginas de documentos internos dos fabricantes de tabaco. Tratava-se de milhares de páginas de memorandos, relatórios, cartas, cópias de atas, correspondente a um período de 30 anos de atividade da *British American Tobacco* e de sua subsidiária norte-americana, a *Brown and Williamson Tobacco Corporation*. Em 1994, ao ser demitido do emprego, remeteu o material para o Professor Stanton Glantz, médico especializado em doenças causadas pelo tabaco, pesquisador e conhecido ativista

²⁶ Todavia, já muito antes da publicação deste famoso relatório, já havia consenso entre a comunidade científica e médica sobre os malefícios associados ao tabaco – nesse sentido a informação do professor de história da Medicina, de Harvard, BRANDT, Allan M. *The Cigarette Century – The Rise, Fall, and Deadly Persistence of the Product that Defined America*. New York: Basic Books, 2007, p. 493.

na luta contra o tabaco, nos EUA²⁷. Tais documentos comprovavam que os fabricantes de cigarros já sabiam desde a década de 50 que a nicotina vicia²⁸ e torna o fumante um dependente dessa droga psicoativa, reduzindo drasticamente sua força de vontade, já sabiam que o cigarro fazia mal, mas, apesar de tudo isso, continuavam a negar publicamente tal conhecimento.

Ulteriormente, outro ex-funcionário da *Brown and Williamson Tobacco Corporation*, Merry Williams, igualmente passou ao Prof. Stanton outra grande quantidade de documentos relevantes, que igualmente revelavam o quanto a indústria do fumo sabia dos malefícios causados por seus produtos. Tais documentos (popularizados pelo nome de *The Cigarette Papers*, que foi o nome dado ao livro publicado pelo Prof. Stanton e outros, pela University of Califórnia Press, em 1996) foram entregues pelo prof. Stanton ao SubComitê de Saúde e Ambiente do Congresso Norte-americano²⁹.

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Prefácio a HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). *Controle do Tabaco e o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. XXII.

²⁸ Eis a forma como uma ex-fumante (Pamela DeNardo) narrou o poder do vício, em nome da *American Lung Association*, perante a Comissão do Senado norte-americano que investigou a indústria do fumo, na sessão de 05.09.2001: “I was a smoker. I started to smoke at the age of 17. I started smoking because it was cool. And for many years, I truly believed that I could quit any time I wanted to, that is, until I really tried. That is when I understood the word ‘addiction’. And now I am sick. I have been diagnosed with chronic obstructive pulmonary disease. Even after being diagnosed, quitting was extremely difficult. It was literally the hardest thing I have ever done. I actually know people who will smoke a cigarette, suck on an inhaler, and smoke another cigarette. That is addiction”. In: UNITED STATES CONGRESS SENATE COMMITTEE ON JUDICIARY. DEPARTMENT OF JUSTICE OVERSIGHT: MANAGEMENT OF THE TOBACCO LITIGATION. Washington: U.S. Government Printing Office, 2002, p.18.

²⁹ Diligências posteriores reuniram o impressionante volume de 14 milhões de documentos internos, estendendo-se por dezenas de milhões de páginas, disponíveis para consulta no site <http://www.library.ucsf.edu/tobacco> (excelente site universitário que, no item *Tobacco Control Archives*, disponibiliza três gigantesca coleções: a *Truth Tobacco Industry Documents – TTID*, que reúne os aludidos 14 milhões de documentos produzidos pela indústria fumageira; a *Paper and Media Collection* que reúne artigos e outras publicações sobre o tema do controle de tabaco; e o *Tobacco Litigation Documents*, que disponibiliza as petições iniciais das 46 ações movidas pelos Estados Norte-americanos, pelo Governo Federal e outras ações movidas contra a indústria fumageira).

Referida documentação refletia dois gêneros de documentos: os científicos e os memorandos do alto escalão da indústria. O mais antigo dos textos científicos revelados é de fevereiro de 1953, oito meses antes de a pesquisa com os ratos pintados com nicotina ter sido apresentada pela primeira vez (trata-se da célebre pesquisa laboratorial que associou a nicotina ao câncer pela primeira vez). Assinado por Claude Teague, um pesquisador da fumageira R.J. Reynolds, o texto associa com câncer o uso de cigarros por períodos longos: “Estudos de dados clínicos tendem a confirmar a relação entre o uso prolongado de tabaco e a incidência de câncer no pulmão.” Logo em seguida, o pesquisador descreve quais seriam os agentes cancerígenos do cigarro: “compostos aromáticos plinucleares ocorrem nos produtos pirológicos [ou seja, que queimam] do tabaco. Benzopireno e N-benzopireno, ambos cancerígenos, foram identificados”.³⁰

À medida que as descobertas científicas relativas aos efeitos do tabagismo tornaram-se consenso científico e passaram a ser divulgadas, as pessoas começaram a se conscientizar de que as doenças que desenvolveram estavam relacionadas ao vício do tabagismo e que lhes fora negada a informação disponível a respeito. Quando isso aconteceu, ações judiciais foram ajuizadas desde a década de cinquenta, nos Estados Unidos.

Boa parte destas demandas foi ajuizada no mesmo período em que se reforçava a ideia de proteção dos consumidores. Recorde-se que foi em 05 de março de 1962 que John Kennedy pronunciou seu célebre discurso referindo que “todos nós somos consumidores” e enunciou os quatro direitos básicos do consumidor: (1) o direito à saúde e segurança, (2) o direito à informação, (3) o direito à escolha e (4) o direito a ser ouvido. Pois bem, uma das razões da necessidade de se proteger os consumidores reside exatamente na sua vulnerabilidade, expressa muitas vezes

³⁰ CARVALHO, Mário Cesar. *O cigarro*. São Paulo: Publifolha, 2001, p. 16/17.

pelo seu déficit informacional.³¹

Como dito, desde a década de cinquenta a ciência reiteradamente vem comprovando o caráter extremamente tóxico do cigarro, constantemente ampliando o leque de doenças tabaco-relacionadas. Afirma que não há níveis seguros de consumo de cigarro, salientando também o grande problema do emprego da nicotina, pelo seu poder escravizante do consumidor. Aliás, a Convenção-Quadro para o Controle do Uso do Tabaco, primeiro tratado internacional de saúde pública, elaborada sob patrocínio da OMS/ONU em 2003, objeto de adesão de praticamente todos os países do mundo, ratificada pelo Brasil em 2005 e incorporada ao direito positivo brasileiro através do Dec. nº 5.658, de 2 de janeiro de 2006, entre seus considerandos inclui os seguintes:

“(....) Reconhecendo que a ciência demonstrou de maneira inequívoca que o consumo e a exposição à fumaça do tabaco são causas de mortalidade, morbidade e incapacidade e que as doenças relacionadas ao tabaco não se revelam imediatamente após o início da exposição à fumaça do tabaco e ao consumo de qualquer produto derivado do tabaco;

Reconhecendo ademais que os cigarros e outros produtos contendo tabaco são elaborados de maneira sofisticada de modo a criar e a manter a dependência, que muitos de seus compostos e a fumaça que produzem são farmacologicamente ativos, tóxicos, mutagênicos, e cancerígenos, e que a dependência ao tabaco é classificada separadamente como uma enfermidade pelas principais classificações internacionais de doenças; (...)”

Exatamente em razão desses achados científicos, “é nítido o deslocamento do tabaco para o *status* de um objeto qualificado pela rejeição social e macroeconômica, o que naturalmente o macula no campo jurídico”³².

³¹ “La vulnérabilité du consommateur s’explique par la situation d’infériorité dans laquelle il se trouve généralement par rapport au professionnel. Cette infériorité se situe sur un double plan: au plan économique (1) et au plan cognitif, ou informationnel (2)” - CHAZAL, Jean-Pascal. “Vulnérabilité et Droit de la Consommation”. In : COHET-CORDEY, Frédérique (coord.). *VULNÉRABILITÉ ET DROIT. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble : Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 247.

³² MOURA, Walter. “O Fumo e a Sociedade de Consumo: o Novo Sentido da Saúde”.

Segundo dados incontroversos de 2011, informados pela OMS – Organização Mundial da Saúde -, morrem mais de 6 milhões de pessoas vítimas do tabagismo, sendo mais de 200 mil delas no Brasil. O século XX viu cem milhões de pessoas morrerem desta causa, mais do que mataram todas as guerras daquele século somadas”, sendo que “das oito principais causas de morte no mundo, seis estão ligadas ao uso do tabaco”³³.

Lamentavelmente, os efeitos deletérios do tabagismo tornam-se cada vez mais amplos. Dados atualizados da Organização Mundial da Saúde, divulgados em 2017, referem que o número de mortes anuais relacionadas ao tabaco subiu para 7 milhões, estimando-se em 1 bilhão de mortes por tabagismo no planeta ao longo do século 21. No mesmo relatório, estima-se em 1,4 trilhões de dólares os gastos governamentais e privados com saúde e perda de produtividade em razão do tabaco. Atualmente, segundo a mesma fonte, metade das pessoas fumantes morrerão por causas relacionadas ao tabaco^{34, 35}.

In: HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). *Controle do Tabaco e o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2011, p. 45.

³³ WHO – REPORT ON THE GLOBAL TOBACCO EPIDEMIC, 2008: The MPOWER package. World Health Organization, http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789241563918_eng_full.pdf, acesso 13/8.2010 – *apud* HOMSI, Clarissa Menezes. “As Ações Judiciais Envolvendo o Tabagismo e seu Controle”. In: HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). *Controle do Tabaco e o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2011, p. 50, e O.M.S. – *Relatório sobre epidemia mundial de tabaco: advertências sobre os peritos do tabaco, 2011*, p. 8, *apud* CABRERA, Oscar; GUILLEN, Paula Ávila; CARBALLO, Juan. “Viabilidade Jurídica de uma Proibição Total da Publicidade de Tabaco. O Caso perante a Corte Constitucional da Colômbia”. In: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). *Publicidade de Tabaco – Frente e Verso da Liberdade de Expressão Comercial*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 254.

³⁴ Segundo reportagem intitulada “Consumo de tabaco mata 7 milhões ao ano”, publicada no jornal Zero Hora (editado em Porto Alegre), no dia 31.05.2017, p. 29.

³⁵ No Brasil, o “Observatório da Política Nacional de Controle do Tabaco”, do INCA – Instituto Nacional de Câncer, apresenta os seguintes dados sobre a mortalidade no Brasil associada ao tabagismo (extraído do site http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/observatorio_controle_tabaco/site/destaques/?contentIDR=ed26b500454853d6a0e5e0ba7c1d3624&useDefaultText=0&useDefaultDesc=0, acessado em 01.03.2018):

“Carga do tabagismo

Em artigo recentemente publicado na prestigiosa revista científica *The Lancet*, John Britton referiu que “o tabagismo e a consequente morbidade e mortalidade atualmente estão caindo na maioria (mas não todos) dos países ricos, mas futura mortalidade em países de baixo e médio poder aquisitivo provavelmente aumentará exponencialmente. Em todo o mundo, estima-se que uma em quatro pessoas, num total de 933 milhões de pessoas, são fumantes diários, e 80% destes fumantes moram em países de baixo e médio poder aquisitivo. A metade destes, ou metade de um bilhão de pessoas, deverá morrer prematuramente em razão do tabagismo, a não ser que parem de fumar. (...) Hoje, a epidemia do fumo está sendo exportada do mundo rico para os países de baixa e média renda...”.³⁶

A carga do tabagismo em 2011, em termos de mortalidade, morbidade e custos da assistência médica das principais doenças relacionadas ao consumo de produtos de tabaco no Brasil aponta que naquele ano, o tabagismo foi responsável por pelo menos:

147.072 óbitos; 2,69 milhões anos de vida perdidos; 157.126 infartos agudos do miocárdio; 75.663 acidentes vasculares cerebrais, e 63.753 diagnósticos de câncer.

Estes dados contemplam apenas as doenças e agravos considerados neste estudo. São mais de 400 óbitos por dia, que correspondem a 14,7% do total de mortes ocorridas no país (1.000.490 mortes).

"As mortes por câncer de pulmão e por DPOC corresponderam a 81% e a 78%, respectivamente, enquanto que 21% das mortes por doenças cardíacas e 18% por AVC também estiveram associadas a esse fator de risco. O conjunto das neoplasias revelou que 31% das mortes foram devidas ao consumo de derivados do tabaco. O tabagismo passivo e as causas perinatais totalizaram 16.920 mortes. (...)”

³⁶ No original: “Smoking prevalence and consequent morbidity and mortality are now falling in most (but not all) rich countries, but future mortality in low-income and middle-income countries is likely to be huge. Worldwide, one in four men, and a total of 933 million people, are estimated to be current daily smokers, and 80% of these smokers live in low-income and middle-income countries. Half of these, or half a billion people alive today, can be expected to be killed prematurely by their smoking unless they quit. (...) Today, the smoking epidemic is being exported from the rich world to low-income and middle-income countries ...” - BRITTON, John. “Death, disease, and tobacco”, in: “*The Lancet*”, edição de 05.04.2017, acessível em [http://thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(17\)30867-X/fulltext](http://thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(17)30867-X/fulltext). Acesso em 15.04.2017. No mesmo número foi publicado outro importante artigo, intitulado “Smoking prevalence and attributable disease burden in 195 countries and territories, 1990–2015: a systematic analysis from the Global Burden of Disease Study 2015” ([http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(17\)30819-X/fulltext](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(17)30819-X/fulltext), acessado em 15.04.2017), para o qual contribuíram cerca de três centenas de pesquisadores científicos do mundo inteiro,

Vários produtos também são nocivos à saúde, como é curial. Todavia, além dos gravíssimos – e, em várias hipóteses, mortais – efeitos relacionados ao uso do tabaco, há outras duas características que o distinguem dos demais: o tabaco contém elementos desencadeadores de dependência química e seu uso causa danos imediatos àqueles que estão próximos aos consumidores de tabaco, ou seja, o dano causado à saúde do fumante passivo³⁷.³⁸ Por outro lado, ao contrário de alguns outros vícios nefastos à saúde, como o alcoolismo, pode-se consumir moderada e ocasionalmente o álcool (o chamado “consumo social”) sem risco de se tornar um alcoolista e sem prejuízos de algum relevo à saúde. Já o cigarro, graças à nicotina, inevitavelmente vicia o consumidor, não havendo níveis seguros de consumo. Salvo o caso patológico do alcoolista, doente que raramente consegue abandonar o vício sem auxílio externo, quem bebe socialmente pode passar longos períodos sem nada ingerir, não sentindo qualquer compulsão a fazê-lo. Já o viciado no tabagismo tem extrema dificuldade de abandonar o vício.

Como refere Gary Schwartz, costuma-se citar automóveis e bebidas alcoólicas como outros produtos socialmente

onde se afirmou que “Smoking was the second leading risk factor for early death and disability worldwide in 2015. It has claimed more than 5 million lives every year since 1990, and its contribution to overall disease burden is growing, especially in lower income countries. The negative effects of smoking extend well beyond individual and population health as billions of dollars in lost productivity and health-care expenditure are related to smoking every year.”

³⁷ VEDOVATO, Luís Renato. “A Convenção-Quadro sobre Controle do uso do Tabaco – Consequências para o ordenamento jurídico brasileiro”. In: HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). *Controle do Tabaco e o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2011, p. 5.

³⁸ DELFINO refere que um estudo do *Worldwatch Institute* demonstrou que trabalhadores tais como músicos ou garçons, ou quem tem cônjuge tabagista, acabam inalando uma dose diária equivalente a quatorze cigarros. Muitos desses não fumantes acabam morrendo de câncer pulmonar ou outras doenças provocadas pelo tabaco, sem nunca terem fumado voluntariamente um único cigarro, já que a fumaça do cigarro contém todos os componentes tóxicos que o fumante inala, porém em concentrações maiores – DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade Civil e tabagismo no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 28 e 29,

tolerados e desejados que igualmente possuem grande potencial lesivo. Todavia, embora produtos como automóveis e álcool realmente possam ser altamente perigosos, tais perigos normalmente resultam do seu uso abusivo ou de seu manuseio imprudente ou negligente. Cigarros, ao contrário, são altamente perigosos mesmo quando objeto de um uso regular e ordinário³⁹.

Assim, com todas as informações que foram trazidas à luz do dia nas últimas décadas, não havia como, do ponto de vista lógico-jurídico, sustentar-se por muito mais tempo a invulnerabilidade da indústria do fumo. Mas foi lenta e trabalhosa a quebra dessa invulnerabilidade, como se verá a seguir.

4 AS DIVERSAS “ONDAS” DE AÇÕES INDENIZATÓRIAS NOS ESTADOS UNIDOS.

É comum, nos Estados Unidos, fazer-se referência às diversas ‘ondas’ de demandas que, a partir da década de cinquenta, passaram a ser ajuizadas, numa tentativa de reuni-las ou pelos resultados alcançados, ou então pelo tipo de argumentação invocado a sustento das pretensões.

A referência às ondas de demandas foi feita pela primeira vez por Gary T. Schwartz⁴⁰, um dos maiores juristas especializados em responsabilidade civil nos EUA, em artigo seminal denominado “*Tobacco Liability in the Courts*”, publicado em 1993, que indicou uma primeira onda no período de 1954 a 1982, uma segunda de 1983 a 1991 e uma terceira onda a partir de então.

Todavia, na página oficial do *Tobacco Control Legal*

³⁹ No original: “Products like automobiles and alcohol may be highly dangerous, but those dangers usually result from the ways in which those products are abuse or negligently handled. Cigarettes, by contrast, are highly dangerous even in the course of altogether ‘ordinary use’. - SCHWARTZ, Gary T. “*Tobacco Liability in the Courts*”, in: RABIN & SUGARMAN (eds.), *Smoking Policy: Law, Politics, and Culture*. New York: Oxford University Press, 1993, p. 141.

⁴⁰ Artigo inserido na obra coordenada por RABIN & SUGARMAN, *Smoking Policy: Law, Politics, and Culture*. New York: Oxford University Press, 1.993, p. 131/160.

*Consortium*⁴¹, embora também se faça referência às ondas de demandas, usa-se outra periodização: a primeira onda de ações, segundo tal impositação, teria ocorrido nas décadas de cinquenta e sessenta. Na década de setenta e início dos anos oitenta, algumas ações foram ajuizadas, mas nenhuma chegou ao final, razão pela qual se tem como início da segunda onda o ano de 1984, prolongando-se até 1995. A partir de então teria início a terceira onda.

As duas primeiras não foram bem sucedidas, mas a terceira onda representou a mudança da maré. É o que passaremos a analisar.

4.1 A PRIMEIRA ONDA.

Na primeira onda – décadas de cinquenta e sessenta -, as demandas fundamentavam-se substancialmente nas teorias da culpa e violação da garantia (de segurança). A primeira ação foi proposta em 1954. Tratava-se do caso *Ira Charles Lowe v. R. J. Reynolds et al*, ajuizada em 10.03.1954, junto ao United States District Court do Eastern Judicial District of Missouri. É conhecido como caso *Lowe*. Tratava-se de uma ação indenizatória movida por um trabalhador que contraíra câncer de pulmão. O caso encerrou-se sem julgamento em 1957, após o falecimento da vítima.

A principal estratégia de defesa da indústria do fumo residia em negar onexo de causalidade entre o hábito de fumar e as doenças que acometeram as vítimas, aproveitando-se do fato de que as pesquisas científicas ainda eram relativamente pouco numerosas, além do fato da indústria do fumo invocar pesquisas (pagas por ela), tentando demonstrar que havia dúvidas científicas sobre os reais malefícios do fumo. Além disso, argumentava-se, também, que se tratava de ‘risco de desenvolvimento’ (que na época não implicava responsabilização do produtor).

⁴¹ Disponível em <http://www.publichealthlawcenter.org/sites/default/files/resources/tclc-legal-update-winter-2016.pdf>, acesso em 20.02.2018.

Esta onde teria abrangido 103 demandas ajuizadas entre 1954 e 1970, das quais apenas sete (*Ross v Philip Morris; Pritchard v Liggett & Myers; Lartigue v RJ Reynolds, Liggett & Myers; Green v American Tobacco; Zagurski v American Tobacco; Weaver v American Tobacco; Thayer v Liggett & Myers*) chegaram a julgamento final, mas todas favoráveis à indústria do fumo⁴².

Um desses casos – *Green v American Tobacco* – foi destacado e analisado por Donald W. Garner⁴³, já que seria o caso que mais perto chegou da vitória da responsabilização da indústria do fumo pela morte de um fumante naquele período. A ação fora proposta em 1957 na Florida. Depois de 12 anos de litígio, seis apelações e dois júris, a *Supreme Court* dos Estados Unidos, negou *certiorari* (ou seja, negou-se a analisar o caso), restando mantida, assim, o acórdão de segundo grau que não reconheceu a responsabilidade da indústria do fumo. De forma bastante crítica, o autor, após referir o caso único da indústria do fumo, que conseguiu obter uma “imunidade judiciária” que a indústria automobilista, de bebidas e de aparelhos elétricos jamais conseguira em relação a produtos inerentemente perigosos, o autor sugere um novo tipo de dano: o dano da dependência de cigarros, em razão do caráter viciante da nicotina. A mesma ideia foi posteriormente retomada por Lucia Di Costanzo⁴⁴, observando que “i recenti sviluppi della *tobacco litigation* americana ove è stato individuata una nuova fattispecie di pregiudizio – ‘il danno da dipendenza come danno biologico’ – costituisce un importante passo nella direzione dello spostamento dell’attenzione dal comportamento del fumatore (*assumption of*

⁴² Informações obtidas no site da *Tobacco on Trial* (http://www.tobaccoontrial.org/?page_id=187), patrocinado pelo *Tobacco Policy & Control Program at the Medical University of South Carolina* – acesso em 20.02.2018.

⁴³ GARNER, Donald W. Cigarette Dependency and Civil Liability: a Modest Proposal. *Southern California Law Review*, vol. 53 (1979/80), p. 1423s.

⁴⁴ DI COSTANZO, Lucia. I prodotti da fumo: responsabilità e regolamentazione. In: *Rassegna di Diritto Civile*, 2/2004, p. 454.

the risk) a quello dei produttori”.

4.2 A SEGUNDA ONDA.

A segunda onda importante começou em meados dos anos oitenta e se prolongou até 1994. Desta vez, as demandas baseavam-se nas teorias de falta de informação adequadas sobre a periculosidade associada ao fumo⁴⁵ (*failure to warn*) e na responsabilidade objetiva do produtor (*strict product liability*).

Essa segunda onda igualmente não teve sucesso, com exceção do caso *Cipollone v. Liggett Group* (em que o júri, pela primeira vez, condenou uma indústria do fumo – Liggett Group – ao pagamento de uma indenização de US\$400.000, em 1988, mas cuja decisão foi revertida em 1992, pela Suprema Corte)⁴⁶, pois as indústrias do fumo persuadiram os jurados de que os fumantes sabiam dos riscos que corriam e que se tratava de uma *personal choice* do fumante. Além disso, a indústria do fumo bateu-se no argumento de que as doenças dos fumantes eram multifatoriais e de que inexistia prova convincente do nexo de

⁴⁵ Em lúcidas páginas, G. Ponzanelli, ao descrever a mudança do cenário da *Tobacco Litigation* nos Estados Unidos, a partir dos anos 80, refere que o que faltava na primeira onda era o status de ‘consumidor inocente’ da parte autora, pois se entendia que ele não podia não saber dos malefícios do fumo. Nessa segunda fase (ou onda), segundo Ponzanelli, descobre-se que a ‘liberdade de escolha do consumidor’ (premissa maior sobre a qual se fundava o princípio da autoresponsabilidade) não existia ou estava comprometida. Isso porque, segundo ele, a indústria do fumo bem conhecia, através de estudos e análises internas realizadas há décadas, mas mantidas em sigilo, o caráter viciante da nicotina (o que obviamente elimina a liberdade de escolha). Isso caracterizava uma clássica situação de assimetria informacional, contribuindo, primeiro culturalmente, depois juridicamente, para remover a imagem de ‘vítima consciente’ do fumante (substituída pela de vítima inocente) – PONZANELLI, Giulio. Responsabilità da prodotto da fumo: il ‘grande freddo’ dei danni punitivi. *Foro it.*, 2000, IV, p. 450.

⁴⁶ No caso *Cipollone*, o júri reconheceu a culpa concorrente da indústria do fumo e da senhora *Cipollone* (já que essa teria voluntariamente começado a fumar), imputando a proporção de 80% de culpa para a senhora *Cipollone* (substancialmente porque fora diagnosticada com câncer de pulmão em 1981 e mesmo assim, contrariou a orientação de seu médico e continuou a fumar – embora seus advogados tenham sustentado que isso se deu em razão do vício, e não por vontade livre) e 20% para a indústria do fumo.

causalidade entre o hábito de fumar e a doença desenvolvida pelos autores das demandas.

Os casos mais relevantes desse período foram os seguintes: Cipollone v Liggett & Myers, Philip Morris, Lorillard 1983-1991; Galbraith v RJ Reynolds, American Tobacco 1983-1985; Roysdon v RJ Reynolds 1984-1985; Marsee v U.S. Tobacco; Horton v American Tobacco 1984-1995; Haines for Rossi v Liggett & Myers, Lorillard, RJ Reynolds, Philip Morris, The Tobacco Institute 1984-2004; Kotler v American Tobacco 1986-1990; Girton for Gunsalus v American Tobacco, Owens Corning Fiberglass, Eagle-Picher, Keene Corp. 1988; Hayes v General Cigar; Kueper v RJ Reynolds, Tobacco Institute 1991-1993; Wilks for Smith v American Tobacco 1991-1993; Covert v Lorillard et al 1992-1994 ; Mangini v RJ Reynolds, Joe Camel 1992-1997; Horowitz 1993-1995; Yvonne Rogers for Richard v RJ Reynolds 1994-1996; Mississippi v American Tobacco et al 1994; Raulerson for Connor v RJ Reynolds 1995-1997. As datas indicam o ano da propositura da ação e do seu término.

Calcula-se em torno de 7.000 ações individuais movidas nos Estados Unidos envolvendo o tema, nessas duas primeiras fases.

4.3 A TERCEIRA ONDA.

Somente por ocasião da terceira onda de demandas judiciais, iniciada por volta de 1994, a maré começou a mudar. A terceira onda envolveu também ações coletivas (*class actions*) e ações de ressarcimento de gastos com saúde, movidas pelos Estados-membros. Os fundamentos foram ampliados, abrangendo alegação de fraude, falsidade, conspiração, legislação antitrust, violação de normas consumeristas e enriquecimento indevido. Os acordos bilionários então celebrados incentivaram a propositura de inúmeras ações, individuais e coletivas.

Decisivo para a deflagração de tais demandas foi a

publicização de documentos internos da indústria do fumo e as audiências públicas do Congresso Norte-americano, em 1994, durante a *Wasman Committee*. Com base em tais elementos, afastaram-se todas as eventuais dúvidas no sentido de que não só efetivamente o cigarro causa enormes danos à saúde dos seus consumidores – o que cientificamente já se sabia desde a década de cinquenta -, como também a indústria do fumo não só tinha pleno conhecimento disto, mas que havia tentado, durante décadas, ocultar tais fatos. Igualmente ficou demonstrado que a indústria do fumo tinha conhecimento de todos os males associados ao tabagismo, mas mesmo assim manipulava e dissimulava informações, além de usar agressivas técnicas para ampliar o número de seus consumidores, especialmente junto ao público jovem.

O mais famoso foi o acordo bilionário celebrado em 1998⁴⁷, sobre o qual falaremos mais adiante. Antes sintetizaremos algumas das ações individuais bem sucedidas ajuizadas nessa última onda⁴⁸.

Um dos primeiros casos individuais vencedores foi *Milton Horowitz v Lorillard* (por vezes denominado de *Micronite case*), ajuizado em 1994 na justiça estadual da Califórnia. Milton

⁴⁷ Também a União Europeia e o Japão já se insurgiram contra empresas de cigarro, pelos males causados aos usuários, ao sistema público de saúde e ao meio ambiente, o que resultou na celebração de acordos semelhantes, envolvendo pagamento de indenizações bilionárias e a adoção de medidas aptas a minimizar os danos futuros e os consumados, segundo informam os Procuradores da República Alexandre Caminho de Assis e Luna Veronese e Veronese, no artigo “Os males da indústria tabagista e o direito brasileiro”, publicado na Revista Jurídica *Consulex*, ano XVIII, n. 429, 1º.12.2014, número especial: “TABAGISMO – Polêmica Reacesa”, p. 40

⁴⁸ Referências a estas demandas, com os respectivos valores indenizatórios, são feitas também no recente Relatório do *Surgeon General* (<http://www.surgeongeneral.gov/library/reports/50-years-of-progress/sgr50-chap-14-app14-3.pdf>, acessado em 17.11.2015), a mais alta autoridade da saúde norte-americana, equivalente, *grosso modo*, ao nosso Ministro da Saúde (com a diferença de que lá, diferentemente daqui, o cargo é ocupado por especialistas respeitados academicamente, escolhidos por critério técnico, e não por acordos políticos ou barganhas partidárias, como tristemente por aqui ocorre. Daí por que seus relatórios sobre saúde pública, lá, tem enorme impacto na sociedade, em razão da credibilidade científica que os rodeia).

Horowitz era um psicólogo clínico que contraiu um câncer raro e fatal (mesothelioma), causado pela absorção de *asbestos* (amianto). Ele havia fumado cigarros Kent de 1952 a 1956. Referido cigarro estava equipado com o famoso “*micronite filter*”, que continha ‘*blue asbestos*’ (ou *crocodilite asbestos*), a mais carcinogênica variedade de amianto. Alegou-se – e isso ficou demonstrado – que a demandada anunciava que o filtro fornecia proteção aos fumantes, mas já sabia que aquele tipo de filtro liberava partículas de asbestos e que isso era prejudicial à saúde. Em 1995 houve veredicto de primeiro grau favorável ao autor, condenando a ré ao pagamento de 1,3 milhões de dólares a título de danos compensatórios e 700 mil dólares a título de *punitive damages*. Em agosto de 1997 a *California Appeals Court* confirma o julgamento favorável e em novembro do mesmo ano a Suprema Corte da Califórnia rejeita o pedido de revisão formulado pela *Lorillard Tobacco Company*, que em 30 de dezembro paga à família do falecido Milton Horowitz a quantia de US\$1,5 milhões de dólares. Foi a primeira vez que uma indústria do fumo teve que pagar pelos danos causados pelo seu produto.⁴⁹

O caso seguinte foi *Grady Carter v Brown & Williamson*, ajuizado em 1995 junto à corte estadual da Florida. Carter padecera de câncer de pulmão e enfisema pulmonar. Em 1996 houve o julgamento, com a condenação da ré ao pagamento de US\$750 mil dólares. Em 1998 a Corte de Apelações reverteu a decisão, entendendo que ocorrera a prescrição, mas em 2000 a Suprema Corte da Florida entendeu de forma diversa e restabeleceu a condenação. Em 2001 a Suprema Corte dos Estados Unidos se recusou a conhecer o recurso da parte (*certiorari denied*) e no mesmo ano há o pagamento da condenação (um total de US\$ 1,09 milhões de dólares, com os juros).⁵⁰

⁴⁹ Informações obtida no site http://www.tobaccoonline.org/?page_id=109, acessado em 17.11.2015, e <https://www.nytimes.com/1995/09/03/us/former-smoker-wins-2-million-in-lawsuit-over-cigarette-filter.html>, acessado em 12.03.2018.

⁵⁰ Informações obtidas no site <http://www.surgeongeneral.gov/library/reports/50-years-of-progress/sgr50-chap-14-app14-3.pdf>, acessado em 17.11.2015; e

Outro caso que integra a terceira onda, embora ajuizado em 1991, é *Norma R. Broin v Philip Morris, et al.*, ajuizado em 1991 em Dade County, Florida. O caso envolvia sete aeromoças não fumantes que ajuizaram uma *class action* contra as seis maiores indústrias do fumo, pela exposição ao fumo passivo. Depois de muita discussão judicial, com inerentes recursos, sobre a possibilidade ou não do caso tramitar como *class action*, em 2006 foi determinada a notificação coletiva de 150 a 200 mil aeromoças para aderirem à *class action* ou solicitarem sua exclusão. Em outubro de 1997 as partes anunciaram estarem negociando um acordo, que foi homologado em 1999. Pelo acordo, as companhias de cigarro concordaram em pagar 300 milhões de dólares para estabelecer uma fundação de pesquisa médica⁵¹. Pelo acordo (*Broin settlement*) ficou também definido que autores subsequentes, que se enquadrassem na classe, poderiam ajuizar suas ações indenizatórias individuais, nas quais teriam apenas que provar terem sofrido danos à saúde pelo fumo passivo, e o montante dos danos. Não seria necessária a prova dos demais elementos da demanda indenizatória⁵².

De enorme importância foi o caso *Minnesota and Blue Cross Blue Shield vs Philip Morris et al*, ajuizado em 1994. Após quatro anos de intensa batalha judicial naquele que é considerado o maior caso forense do Estado de Minnesota, com centenas de incidentes processuais, doze apelações e duas idas à Suprema Corte dos Estados Unidos, em maio de 1998, as fabricantes de cigarro resolveram fazer um acordo bilionário, de U\$6,1 bilhões de dólares, além de 200 milhões de dólares que seriam pagos anualmente ao Estado de Minnesota, de forma perpétua, para ressarcimento das despesas na área da saúde. Além dessa

http://www.tobaccoontrial.org/?page_id=191, acesso em 05.03.2018.

⁵¹ A *Flight Attendant Medical Research Institute (FAMRI)* iniciou suas atividades em 2001, e é a única fundação de pesquisa no mundo dedicada a bancar pesquisas sobre os riscos para a saúde em razão do fumo passivo.

⁵² Informações obtidas no http://www.tobaccoontrial.org/?page_id=191, acesso em 05.03.2018.

enorme cifra, comprometeram-se a cessar toda a publicidade direcionada a crianças e a tornar público milhões de páginas de documentos até então secretos, encerrar as atividades do *Council for Tobacco Research* (órgão de pesquisa e propaganda da indústria do fumo), bem como cessar os pagamentos secretos feitos a diretores e artistas para usar cigarros em cenas de filmes. Comprometeram-se, também, a destinar 200 milhões de dólares para ajudar os fumantes que desejassem parar de fumar. Os documentos revelados por conta desse acordo foram encaminhados ao *Minnesota Document Depository*, que desde então alberga mais de 27 milhões de páginas de documentos sigilosos das empresas de fumo, memorandos, cartas, relatórios científicos e materiais conexos⁵³.

Na sequência, importância paradigmática teve o caso *Howard Engle v Philip Morris et al*, uma *class action* ajuizada também em Dade County, Florida, em 1994⁵⁴. Referida *class action* foi movida em proveito de todos os residentes do Estado da Flórida (ou seus familiares, acaso falecidos) que tivessem sofrido doenças relacionados ao tabaco. Estimava-se que beneficiasse cerca de 700.000 pessoas. Dr. Howard Engle, um médico pediatra, representava a classe. Ele havia fumado desde a Faculdade e não tinha conseguido deixar o vício, apesar das múltiplas tentativas. Mesmo após ter contraído enfisema pulmonar, continuou fumando, até falecer. Tratou-se do mais longo julgamento pelo júri na história forense norte-americana (18 meses!), resultando na condenação de 145 bilhões de dólares contra a indústria do fumo. Todavia, após anos de litígio, a *Supreme Court* da Flórida, em 2006, *decertified* a *class action* (ou seja, afirmou que o

⁵³ Informações obtidas no http://www.tobaccocontrol.org/?page_id=191, bem como no site <http://www.publichealthlawcenter.org/topics/tobacco-control/tobacco-control-litigation/minnesota-litigation-and-settlement>, acesso em 05.03.2018.

⁵⁴ Os fundamentos para a demanda, na terminologia norte-americana, eram os seguintes: strict liability, fraud and misrepresentation, conspiracy to commit fraud and misrepresentation, breach of implied warranty of merchantability and fitness, negligence, breach of express warranty, intentional infliction of mental distress.

caso não podia seguir na forma de ação coletiva). Ao mesmo tempo, porém, aquela Suprema Corte permitiu que ações individuais pudessem ser ajuizadas, com base nos elementos probatórios obtidos naquela *class action*, ou seja, dando-se como comprovado o nexó causal entre o fumo e determinadas doenças, bem como sobre o poder viciante da nicotina, dentre outras coisas. Tais ações deveriam ser ajuizadas até 2008. Centenas de ações foram então ajuizadas – chamadas de *Engle progeny*.

Dentre as comprovações fáticas que a justiça da Florida aceitou como inequívocas, dispensando a prova a respeito nas ações individuais que seriam posteriormente ajuizadas, enumeraram-se as seguintes: a nicotina é viciante; fumo causa câncer de bexiga, câncer cervical, câncer de esôfago, câncer de rim, câncer de laringe, câncer de pulmão (especificamente, adenocarcinoma, carcinoma de células grandes, carcinoma de células pequenas e carcinoma de células escamosas), câncer de boca / língua, câncer de pâncreas, câncer de faringe, câncer de estômago, complicações da gravidez, doença vascular periférica, aneurisma de aorta, doença cerebrovascular, doença pulmonar obstrutiva crônica (DPOC), doenças coronarianas.

Também deu-se como provado que as demandadas (indústria do fumo) combinaram entre si para omitir informações relativas aos efeitos do cigarro na saúde das pessoas, ou o poder viciante do cigarro, com a intenção de fazer com que os fumantes e o público confiassem em suas informações, em detrimento de sua própria saúde.⁵⁵

O caso *Patricia Henley v Philip Morris* foi ajuizado em 1998, em San Francisco, Califórnia. Em 1999 o júri concedeu à autora \$1,5 milhões de dólares a título de danos compensatórios e \$50 milhões de dólares por *punitive damages*, que o juiz condutor do caso reduziu para \$25 milhões de dólares. A partir daí houve uma sucessão de recursos. A ré recorreu e a Califórnia

⁵⁵ Informações obtidas no http://www.tobaccoontrial.org/?page_id=191, acesso em 05.03.2018.

Court of Appeal manteve o julgamento. A Suprema Corte da Califórnia desconstituiu o acórdão e determinou novo julgamento à luz das orientações dos casos *Myers v. Philip Morris* e *Naegele v. R. J. Reynolds*. Em 2003 a *Court of Appeals* re julgou o caso, mas manteve o valor da condenação. Novo recurso faz com que a Suprema Corte da Califórnia novamente decida por desconstituir o julgamento da corte inferior e determina novo julgamento, desta vez à luz do caso *State Farm v. Campbell*. Desta vez a Corte de Apelações desconstituiu os *punitive damages* e ordena um novo júri, a não ser que a autora aceite receber \$9 milhões de dólares a tal título. A autora concorda com a redução. Depois de outros incidentes recursais, em 2004 a Suprema Corte da Califórnia manteve a decisão da Corte de Apelações e em 2005 a Suprema Corte dos Estados Unidos se recusou a conhecer do derradeiro recurso (*certiorari denied*). Manteve-se, portanto, a condenação de \$9 milhões a título de *punitive damages*.⁵⁶

O caso *Mayola Williams for Jesse, deceased v Philip Morris* foi ajuizado em 1999, na justiça estadual de Oregon, mas acabou chegando duas vezes até a Suprema Corte dos Estados Unidos. Mayola Williams, viúva de Jesse Williams, falecido de câncer de pulmão, em 1997, ajuizou essa ação indenizatória contra a Philip Morris, sob a alegação de fraude, pois ela havia feito publicidade e pago por pesquisas que fizeram com o que cigarro parecesse menos perigoso do que realmente ela. Ainda em 1999, o júri condenou a indústria ao pagamento de U\$821.485,00 a título de indenização compensatória e \$79,5 milhões de dólares em *punitive damages*. Na época, foi a maior condenação individual de uma indústria do fumo. O juiz que presidia o júri entendeu que os valores eram “grossly excessive” e reduziu os mesmos para U\$521,485,50 e \$32 milhões de dólares, respectivamente.

Em grau de recurso, a *Court of Appeals* de Oregon

⁵⁶ Informações obtidas no http://www.tobaccoontrial.org/?page_id=191, acesso em 05.03.2018.

reverteu a decisão e manteve a condenação de \$79,5 milhões de dólares. Fez referências aos parâmetros fixados pela U.S. Supreme Court no caso *BMW of North America, Inc. v. Gore* e considerou que a conduta da demandada era tão repreensível que justificava a imposição de *punitive damages* em valor superior a 97 vezes os danos compensatórios. A Suprema Corte de Oregon manteve a decisão.

Em 2007 a Suprema Corte dos Estados Unidos aceitou rever o caso, desconstituiu a condenação e determinou que o caso retornasse à *Court of Appeals* para rejulgar o caso, quanto aos *punitive damages*, à luz dos critérios fixados no caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*⁵⁷

Surpreendentemente, a Corte de Apelações de Oregon novamente fixou o valor da condenação em \$79,5 milhões de dólares. A ré recorre, inicialmente, para a Suprema Corte do Estado de Oregon, que manteve o valor da condenação, justificando-o à luz do caso concreto. A Philip Morris novamente recorre à Suprema Corte dos Estados Unidos, que em 2008, que em 2009 manteve, na prática, a decisão de Oregon, ao não conceder o *writ of certiorari*.

Ainda em 2009 a Philip Morris pagou os \$79,5 milhões de dólares à família Williams, além de \$56 milhões ao Estado de Oregon, em razão de uma lei estadual que obrigava o pagamento de um percentual dos *punitive damages* para um fundo de compensação estadual em favor de vítimas de crimes⁵⁸.

Outro caso importante foi *Richard Boeken v Philip Morris*, ajuizado em 2001 em Los Angeles. A viúva de Boeken, que morrera aos 57 anos, em 2002, ganhou a maior indenização

⁵⁷ No caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, julgado em 2003, a Suprema Corte norte-americana fixou o entendimento de que a cláusula do devido processo legal normalmente limita os *punitive damages* a até 10 vezes o valor dos danos compensatórios, advertindo ainda que fixar *punitive damages* em 4 vezes o valor dos danos compensatórios fica “próximo à linha de impropriedade constitucional”.

⁵⁸ Uma boa análise do desenrolar desse caso, desde sua origem até o julgamento da Suprema Corte, encontra-se em VIDMAR, Neil; HANS, Valerie P. *American Juries – The Verdict*. Amherst/New York: Prometheus Books, 2007, p. 316/319.

concedida a um fumante, até aquele momento. O júri reconheceu a ela a expressiva quantia de U\$5.539.127 a título de indenização compensatória e 3 bilhões de dólares a título de *punitive damages*. O Juiz que presidiu o júri reduziu os *punitive damages* para 100 milhões de dólares, ainda em 2001. Na decisão, reconheceu-se a responsabilidade do fabricante de cigarros por a) *negligence*; b) *strict liability*; c) *deceit/fraudulent concealment*; d) *false representation*; e) *breach of express warranty*. Em 2003 a Corte de Apelações da Califórnia reduziu a indenização total para 50 milhões de dólares. Em 20 de março de 2006 a Suprema Corte dos Estados Unidos manteve a indenização. Em 2011, o filho de Boeken ajuizou uma ação sua contra a Philip Morris por “loss of his father’s love, affection, guidance and training”, vindo a receber uma indenização de U\$12,8 milhões.⁵⁹

Em 2001 é ajuizado o caso *Bette Bullock v Philip Morris* em Los Angeles, California. A senhora Bullock sempre fumara Benson & Hedges, da *Philip Morris* e ajuizou a ação quando soube que estava com câncer de pulmão, tendo seus médicos dito que a causa era o cigarro. Em 2002 o júri condenou a ré ao pagamento de \$850 mil dólares e \$28 bilhões a título de *punitive damages*. Esse valor foi tido como excessivo pela instância recursal, que determinou novo julgamento. Em 2009 realizou-se o novo julgamento, quando então os *punitive damages* foram fixados em \$13,8 milhões. Em 2011 a Corte de Apelações manteve o valor. Afirmou-se na decisão que ““*Philip Morris’ conduct was reprehensible and that a substantial award of punitive damages is necessary to have a deterrent effect upon the defendant.*”⁶⁰

Uma *class action* foi ajuizada em 1996 contra diversos fabricantes de cigarro, em proveito dos fumantes do Estado de Louisiana. Trata-se do caso *Gloria Scott*

⁵⁹ Informações obtidas no http://www.tobaccoontrial.org/?page_id=191, acesso em 05.03.2018.

⁶⁰ Informações obtidas no http://www.tobaccoontrial.org/?page_id=191, acesso em 05.03.2018.

v American Tobacco, R.J. Reynolds, Brown & Williamson, Philip Morris, Lorillard, United States Tobacco, and the Tobacco Institute. Quem representava a classe era Gloria Scott, fumante que foi diagnosticada com câncer de pulmão e obstrução pulmonar crônica. Através de ação, pretendia-se a condenação da demandada a custear programas para desintoxicação e cessação do vício.

Após uma série de recursos, bem como depois da superveniência da morte de Gloria, a Corte de Apelações de Louisiana condenou os réus ao pagamento de U\$241.540.488,00. A Suprema Corte de Louisiana confirmou a condenação. Em 2008 foi ordenado o pagamento.

Outra ação foi ajuizada em 2004, no Estado de Massachusetts, contra a indústria de cigarros Lorillard. Tratava-se do caso *Willie Evans Executor for Marie R. Evans v Lorillard*. Tratava-se de um convencional caso envolvendo responsabilidade pelo fato do produto, tendo como peculiaridade o fato de estar focado na prática da Lorillard de fornecer amostra grátis de cigarros para menores. A ação fora movida pelo filho de uma mulher que morrera de câncer de pulmão em 2002, com 54 anos, alegando que ela começou a fumar quando ainda criança, em razão de ter recebido gratuitamente cigarros *Newport* fornecidos pela indústria demandada, em campanha destinada primordialmente a crianças negras. Segundo as alegações, uma van da demandada percorria regularmente o bairro pobre onde ela morava, dando às crianças negras pacotes contendo de 4 a 10 maços de cigarros. O autor Willie Evans estimou que sua mãe recebera de 25 a 50 vezes tais exemplares grátis, sendo a primeira vez quando ela tinha 9 anos e a última quando ela tinha 13 anos, idade em que foi dominada pelo vício e começou a fumar regularmente.

Em 2010 o júri profere julgamento condenando a ré ao pagamento de 35 milhões de dólares como danos compensatórios e 81 milhões como *punitive damages*. Em 2011 a Superior

Court mantém a decisão. Em 2012 a Lorillard recorre à Supreme Judicial Court de Massachusetts e em 2013 resolve fazer um acordo com a parte autora, pagando o valor de \$79 milhões de dólares.⁶¹

Relativamente aos chamados *Engle Progeny Cases*, ações individuais movidas com base nos achados probatórios da *class action Howard Engle v Philip Morris et al* (sobre qual falamos acima), as demandas, que deveriam ser ajuizadas até 2008, começaram a ser julgadas a partir de 2009. Até 2014, 185 casos haviam sido julgados, a maioria de forma favorável aos autores. Em 2015 a indústria do fumo (Philip Morris, R.J. Reynolds e Lorillard) resolveu fazer um acordo envolvendo todos os casos que tramitavam na justiça federal, no valor total de \$100 milhões de dólares. Aproximadamente 3.200 demandas individuais ainda estão em andamento junto à justiça estadual da Florida⁶², de um total de mais de 8.000 ações que foram ajuizadas nas justiças federal e estadual da Florida, segundo informações colhidas no jornal do equivalente à OAB da Florida (Florida Bar)⁶³.

Uma dessas ações individuais derivadas do caso *Engle* foi julgada em 11 de setembro de 2015, na primeira instância (júri civil). Condenou-se a R. J. Reynolds ao pagamento de uma indenização de U\$34,7 milhões em favor da família de Garry O'Hara, ex-sargento da aeronáutica americana, que havia ganhado uma medalha de bronze e morrido de câncer em 1996, aos cinquenta anos – 15 anos após ter parado de fumar. Trata-se do caso

⁶¹ Informações obtidas no http://www.tobaccoonline.org/?page_id=191, acesso em 05.03.2018.

⁶² Informações obtidas no site <http://www.publichealthlawcenter.org/sites/default/files/resources/tclc-fs-engle-progeny-2015.pdf>, acesso em 12.03.2018, bem como em http://www.tobaccoonline.org/?page_id=191, acesso em 12.03.2018.

⁶³ Informações obtidas no site <https://www.floridabar.org/news/tfb-journal/?durl=/DIVCOM%2FJN%2FJNJJournal01%2Ensf%2F4f0361bef4af101e85256f4e004d0fef%2Fa0b86fb25b4e9cca85257a6004b58d1%21OpenDocument>, acesso em 12.03.2018.

*Colette O'Hara v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*⁶⁴, julgado pelo *First Judicial Circuit of Florida*, n. 2007-CA-003065.

5 AÇÕES DE RESSARCIMENTO MOVIDAS PELOS ESTADOS-MEMBROS. O *MASTER SETTLEMENT AGREEMENT*.

Em maio de 1994 o *Attorney General* do Estado do Mississippi, Michael Moore, moveu uma ação, em nome daquele Estado, contra a indústria do fumo, visando recobrar-se das despesas públicas com doenças derivadas do tabaco, além de outros prejuízos relacionados ao fumo. Alegou-se um amplo leque de acusações de práticas fraudulentas e enganosas por parte da indústria do fumo, que induziam os cidadãos a fumar, viciava-os e causavam-lhe inúmeros danos à saúde, sendo que boa parte dos custos econômicos com o tratamento dos cidadãos de Mississippi eram suportados pelo sistema estadual de saúde (*Medicaid*). Eram esses custos cujo ressarcimento estava sendo pleiteado. Nesse contexto, as fabricantes de cigarro não podiam invocar o tradicional argumento da ‘responsabilidade pessoal’ (livre-arbítrio) dos fumantes, que até então vinha sendo bem sucedido nas ações individuais.

Tal iniciativa foi seguida imediatamente pelos Estados da Florida, Texas e Minnesota, e pouco depois, por todos os demais Estados. Em 1997 a indústria do fumo resolveu fazer um acordo com os quatro primeiros Estados, em valores bilionários. No ano seguinte (1998), o acordo envolveu todos os 46 Estados restantes⁶⁵. Tratava-se do importantíssimo *Master Settlement*

⁶⁴ Uma síntese desta decisão encontra-se em <http://verdictsearch.com/verdict/tobacco-companies-failed-to-warn-of-cancer-risks-suit/> - acesso em 09.12.2015.

⁶⁵ O advogado líder que representava os interesses da Philip Morris, Steve Susman, vaticinou que referido acordo inspiraria uma maré de novos litígios. Ele estava certo. Por todo o país, advogados sentiram que a indústria estava vulnerável e ajuizaram ações indenizatórias. Uma excelente crônica dos bastidores daqueles anos febris em que se decidia o futuro da indústria do fumo e sua responsabilização pelos danos causados aos fumantes nos é dada por OREY, Michael. *Assuming the Risk: The Mavericks, The Lawyers, And the Whistle-Blowers Who Beat Big Tobacco*. Boston: Little, Brown and

*Agreement – MSA*⁶⁶.

Este célebre acordo (MSA) foi celebrado para encerrar as demandas promovidas por mais de quarenta Estados norte-americanos contra as quatro maiores indústrias fumageiras norte-americanas - Philip Morris Inc., R. J. Reynolds, Brown & Williamson e Lorillard.⁶⁷ Posteriormente outras três indústrias também foram acionadas e os restantes Estados igualmente passaram a fazer parte de um grande acordo global que pôs fim a todas essas demandas. Quatro Estados fizeram acordos separados (Mississippi, Florida, Texas e Minnesota), recebendo um total de 35 bilhões de dólares de ressarcimento, ao passo que os outros 46 Estados norte-americanos fizeram um acordo conjunto com as sete indústrias fumageiras, para obter destas o ressarcimento dos gastos públicos com doenças relacionadas ao tabaco. Como parte do acordo, as indústrias concordaram em abandonar algumas práticas de marketing de cigarro, admitiram dissolver algumas entidades financiadas por elas - a *Tobacco Institute*, o *Center for Indoor Air Research*, e o *Council for Tobacco Research* – bem como a pagar de forma perpétua aos Estados um valor anual ressarcitório de despesas com doenças relacionadas ao tabaco, sendo que nos primeiros 25 anos seria paga – como vem sendo - a quantia de 246 bilhões de dólares a título de indenização, findos os quais seguiriam pagando 10 bilhões de dólares ao ano. O Congresso norte-americano, ainda em 1998, majorou

Company, 1999. A informação supra encontra-se à fl. 366.

⁶⁶ Na rede mundial de computadores encontram-se abundantes notícias sobre esse acordo. Parte das informações aqui reproduzidas foram extraídas de tais fontes, dentre as quais o site <https://oag.ca.gov/tobacco/msa>, que é o site oficial do equivalente ao Ministério Público do Estado da Califórnia (na verdade, o Attorney General é um cargo singular, que cumula funções que, no Brasil, são exercidas separadamente pelo Secretário da Justiça, Procurador-Geral da Justiça e Procurador-Geral do Estado, ou seu equivalente federal).

⁶⁷ A indústria Liggett & Myers celebrou, em 1997, acordos separados, pelos quais também se comprometeu a disponibilizar inúmeros documentos confidenciais, o que foi feito.

esse valor para 516 bilhões de dólares^{68, 69}.

Os números podem impressionar. Todavia, se considerarmos os lucros anuais bilionários da indústria de tabaco, percebe-se que o pagamento de tais indenizações não representou grande fardo para as empresas⁷⁰.

6 A UNIÃO ENTRA NA LUTA – O CASO *UNITED STATES v. PHILIP MORRIS ET AL.*

A divulgação dos documentos por força de acordo celebrado no aludido *Master Settlement Agreement*, bem como a publicização de outros documentos internos das fabricantes de cigarro, pelas razões antes referidas, demonstrando a prática de uma série de crimes e outros ilícitos por parte da indústria do fumo, motivou a propositura de uma importante ação judicial, movida pelos Estados Unidos contra as onze indústrias

⁶⁸ Essa última informação é trazida por KOENIG, Thomas H. & RUSTAD, Michael L. *In Defense of Tort Law*. New York: New York University Press, 2003, p. 209.

⁶⁹ GIFFORD criticou, porém, o fato de que pouco dessa indenização bilionária reverteu em favor da prevenção do fumo e tratamento das doenças tabaco-relacionadas – GIFFORD, Donald G. *Suing the Tobacco and Lead Pigment Industries – Government Litigation as Public Health Prescription*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2010, p. 216.

⁷⁰ Apesar do controle do tabaco ter passado a ser uma questão de política pública na maioria dos países, após a entrada em vigor da Convenção-Quadro, os lucros da indústria do fumo continua a crescer. Basta refletir que em 1998 a receita das três então maiores empresas de tabaco do mundo (Philip Morris, BAT e Japan Tobacco) foi acima de 88 bilhões de dólares, valor que excedeu o PIB da Albânia, Armênia, Bahrain, Bolívia, Botswana, Bulgária, Camboja, Camarões, Estônia, Guiana, Honduras, Jamaica, Jordânia, Laos, Latvia, Madagascar, Moldova, Mongólia, Nepal, Nicarágua e Togo somados! – dados divulgados na 11ª Conferência Mundial: tabaco ou saúde, no ano 2000 – *Tobacco Fact Sheet: Tobacco Facts*, referidos na publicação organizada por MUST, Emma; EFROYMSON, Debra; TANUDYAYA, Flora. *Controle do Tabaco e Desenvolvimento – Manual para Organizações Não Governamentais. Guia PATH Canadá*. Rio de Janeiro: Rede de Desenvolvimento Humano, 2004, p. 23, 24. Por outro lado, a Revista Exame (na edição de n. 1050, ano 47, n. 18, de 02.10.2013, p. 77) informou que de janeiro de 2008 a 2013 o preço das ações da empresa Souza Cruz quadruplicou. Mesmo com as vendas em queda (substancialmente em razão das crescentes restrições à publicidade do tabaco), o aumento do preço do cigarro fez o lucro da empresa crescer 40%, o que permitiu a distribuição de 7 bilhões de reais de dividendos aos acionistas.

fumageiras em atividade nos Estados Unidos. Tratava-se do caso *United States v. Philip Morris et al.*⁷¹ A ação foi proposta em 1999, em Washington, D.C., julgada em primeiro grau em 2006 (sobre cuja sentença falaremos mais abaixo). Em 22 de maio de 2009 a apelação foi julgada pelo *District of Columbia Circuit*, que, numa decisão de 92 páginas, manteve integralmente a sentença. Segundo Eubanks e Glantz, a Corte Federal de Apelações “inequivocamente colocou as companhias de tabaco no mesmo barco das demais organizações de crime organizado”⁷². Em 28 de junho de 2010 a Suprema Corte denegou o *writ of certiorari*, negando-se a reexaminar a causa, consolidando definitivamente a decisão.

Esta histórica decisão, proferida pela juíza federal Gladys Kessler, em uma sentença com 1.682 páginas⁷³, não deixou pedra sobre pedra. Analisando minuciosamente todas as dezenas de milhares de documentos que instruíram os autos, as centenas de depoimentos colhidos, bem como discriminando a atuação de cada uma das onze fabricantes de cigarro, concluiu a magistrada que “a indústria está por trás da epidemia tabagista e atua em conjunto e coordenadamente para enganar a opinião pública, governo, comunidade de saúde e consumidores.”

A demanda alegava que a indústria do fumo havia violado o *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO)* (importante lei norte-americana, de 1970, que busca combater o crime organizado), ao se engajar em antiga, contínua

⁷¹ A denominação completa, oficial, do caso é *United States v Philip Morris, R.J. Reynolds, Brown & Williamson, Lorillard, Liggett, American Tobacco Co., British American Tobacco, the Council for Tobacco Research, and the Tobacco Institute*.

⁷² No original: “unequivocally place the tobacco companies in the same boat as other organized crime organization” – in: EUBANKS, Sharon Y.; GLANTZ, Stanton A. *Bad Acts – The racketeering case against the tobacco industry*. Washington: American Public Health Association, 2012, p. 282.

⁷³ Disponível em <http://publichealthlawcenter.org/sites/default/files/resources/doj-final-opinion.pdf>, acesso em 06.12.2015. Para se ter uma ideia desse verdadeiro tratado, somente o índice que abre a sentença se estende por 30 páginas!

e ilegal conspiração para enganar o povo americano a respeito dos efeitos maléficos associados ao cigarro, além de outras condutas penalmente reprováveis, ao ludibriar a população sobre os danos do tabaco à saúde e ao meio ambiente, além da manipulação da fórmula do cigarro para torná-lo ainda mais viciante.

Até mesmo para divulgar entre nós as conclusões irrefutáveis dessa magistrada – em decisão transitada em julgado –, convém sintetizar algumas das mais importantes afirmações contidas na monumental sentença. O que convém desde logo ressaltar é que não se trata de uma opinião ou de uma convicção pessoal – trata-se de uma decisão apoiada em literalmente dezenas de milhares de documentos e centenas de depoimentos técnicos, recorrentemente citados na referida decisão.

No tópico da sentença destinada a avaliar os danos derivados do tabagismo, a juíza Kessler explica como as provas demonstram que os réus sabiam, há mais de cinqüenta anos, que o cigarro causa doenças, mas sempre negaram seus efeitos danosos para a saúde. Descreve ela, ainda, como os réus durante todo esse tempo empreenderam esforços no sentido de atacar e desacreditar as provas científicas da ligação entre tabagismo e doenças.

No item 594 da sentença, refere-se que “documentos internos revelam que o conhecimento dos réus sobre os danos potenciais causados pelo tabagismo contrastava bastante com suas negativas públicas sobre o assunto”. “Em 1962, [Alan] Rodgman [cientista da indústria fumageira R. J. Reynolds] admitiu, em seu parecer interno, que ‘os resultados de 34 diferentes estudos estatísticos mostram que fumar cigarros aumenta o risco de desenvolver câncer de pulmão’.” (item 603).

A partir daí a juíza federal demonstra como, durante a década de 1950, os réus iniciaram uma campanha conjunta para, de má fé, negar e deturpar a existência de uma relação entre o tabagismo e doenças, ainda que seus documentos internos reconhecessem essa existência.

No item V.A.5 (fls. 278 e 279 da sentença), a Juíza Kessler afirma que “a. Após a publicação do Relatório de 1964, a comunidade científica continuou a documentar a relação entre o fumo e uma variedade de sérias conseqüências para a saúde”, e que “b. Documentos internos e estudos compreendidos pelos réus nas décadas de 1960, 1970 e posteriores revelam seu reconhecimento consistente de que fumar causa sérios malefícios à saúde, bem como o medo do impacto de tal conhecimento em litígios judiciais”, razão pela qual chegou à conclusão de que “c. A despeito de seu conhecimento interno, os réus continuaram, após 1964, a desonestamente negar e distorcer os sérios danos à saúde causados pelo tabagismo”.

À fl. 324 da sentença, item 6, a juíza Kessler esclarece que “até 2005 os réus ainda não admitiam as sérias conseqüências do tabagismo para a saúde, que há décadas eles reconheciam internamente”. No item (7 – Conclusões parciais) 824, afirma que de 1953 até pelo menos o ano 2000, todos os réus, sem exceção, repetidamente negaram com consistência e vigor – e má-fé – a existência de qualquer efeito nocivo do fumo para a saúde. Ademais, coordenaram-se para montar e financiar uma sofisticada campanha de relações públicas para atacar e deturpar as provas científicas que demonstravam a relação entre tabagismo e doenças, alegando que esta relação permanecia ‘uma questão em aberto’. Finalmente, ao fazê-lo, ignoraram a massiva documentação guardada em seus arquivos internos, gerada por seus próprios cientistas, executivos e profissionais de relações públicas, que admitia haver ‘pouca base, naquele momento, para refutar as descobertas relatadas no Relatório do *Surgeon General* de 1964’.”

Outro estratagema usado pela indústria do fumo consistiu em criar revistas pseudocientíficas, nas quais a indústria do tabaco patrocinou a publicação de artigos que nunca teriam passado pelo crivo dos comitês de leitura das revistas científicas sérias, e em organizar congressos para os quais convidava

cientistas simpáticos à sua causa, cujas opiniões eram em seguida impressas nos ‘anais do congresso’. Todas essas estratégias serviam à constituição de uma série de referências que, ainda que desprovidas de valor científico, tinham como finalidade contradizer as pesquisas sérias⁷⁴.

O impacto desta decisão, com a revelação, fundada em provas documentais inequívocas e referendadas por outras fontes probatórias, da conduta criminosa das fabricantes de cigarro e dos incontroversos efeitos extraordinariamente lesivos do cigarro, representou mais um forte elemento para reforçar a mudança da maré, não só nos Estados Unidos como também fora de lá. É o que passaremos a analisar.

7 A MARÉ CRESCENTE. DEMANDAS CONTRA A INDÚSTRIA DO FUMO FORA DOS ESTADOS UNIDOS.

Essas primeiras brechas que se abriram na cidadela da indústria do fumo começam a se alargar. Antes, a ‘estória’ contada pela indústria de fumo, em produção bilionária, gozava de absoluto sucesso. Agora o *script* já não tem mais a mesma força convincente de outrora. A mudança da maré nos Estados Unidos afetou também outros países, como exemplificativamente Itália e Canadá, onde demandas individuais ou coletivas começam a ser acolhidas na justiça, mesmo que de forma ainda incipiente⁷⁵.

⁷⁴ RICARD, Matthieu. *A revolução do altruísmo*. São Paulo: Palas Athena, 2015, p. 441.

⁷⁵ Todavia, a batalha contra o fumo está longe do seu fim, diante da versatilidade da indústria, que rapidamente se adapta aos novos argumentos, altera seu modo de produção e, até que essas alterações venham a ser desmascaradas levam-se décadas. Quando já não podia mais sustentar a inocuidade do fumo, passou a comercializar cigarros *lights*, *ultralights*, *milds*, passando a impressão de que não eram tão danosos (o que se revelou uma falácia). Ao perceber o risco de diminuição dos fumantes, passou a acrescentar aditivos e sabores aos seus produtos, tornando-os mais palatáveis. Tais aditivos revelaram-se potencialmente mais deletérios ainda. Sua última cartada é o cigarro eletrônico (*e-cig*), cujo consumo vem aumentando mundo afora. Referido produto teria a capacidade de levar nicotina ao cérebro de forma mais rápida que o cigarro convencional, com a vantagem de não acarretar a combustão do tabaco e alcatrão. Todavia, estudo realizado

De fato, em artigo publicado ainda em setembro de 2002⁷⁶, intitulado “*Responsabilità del produttore di sigarette in Itália, Francia e Stati Uniti d’America*”, Luisa Nava resumindo extensa pesquisa comparada, conclui sua análise dizendo que “*di conseguenza, ora gli analisti sono tutti concordi nel ritenere che i fumatori non tarderanno a vincere*” (em tradução livre: “consequentemente, agora todos os analistas concordam que os fumantes não tardarão a vencer”).

7.1 O CASO ITALIANO.

Na Itália, já em 1991 a Corte Constitucional⁷⁷, em demanda que visava a proteção do fumante passivo involuntário, havia afirmado que “o art. 32 da Constituição, combinado com o art. 2043 do Código Civil, prevê a vedação primária e geral de lesar a saúde. O reconhecimento do direito à saúde como direito

pelo Instituto do Câncer Roswell Park, nos Estados Unidos, revelou que o vapor emitido contém substâncias cancerígenas, como o formaldeído (utilizado na conservação de cadáveres e fertilizantes), o benzeno (igualmente presente em pesticidas, detergentes e gasolina), nitrosamina NNK (quando associado ao álcool – o que é frequente – tem ampliado o seu efeito carcinogênico) e nitrosamina NNN, ainda que em quantidades menores em relação ao cigarro convencional. Não por outra razão é que a ANVISA, invocando o princípio da precaução, proibiu sua venda, importação e propaganda no Brasil, pela Resolução-RDC n. 46 – ANVISA -, de 28.08.2009. Sobre o cigarro eletrônico, bem como sobre outros relevantes aspectos da luta contra os efeitos do tabagismo, v. SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *Direito e Tabaco – Prevenção, Reparação e Decisão*. São Paulo: Atlas, 2016, esp. p. 125.

⁷⁶ Disponível em http://www.diritto.it/articoli/civile/nava_tesi/nava_indice.html, acesso em 09.12.2015.

⁷⁷ Corte Costituzionale, decisão n. 202, de 7 de maio de 1991 - in Foro Italiano, 1991, I, 2312. O trecho citado encontra-se à fl. 2317. Referida decisão fora proferida em razão de ação que questionava a constitucionalidade do art. 1 da Lei n. 584, de 11.11.1975, que proibia o fumo em determinados locais e nos meios de transporte público, por não estender a proibição também aos hospitais, aos serviços de correios e aos restaurantes (inconstitucionalidade por omissão). Buscava-se, na época, ampliar a proteção ao fumante passivo. Entre os comentários a essa decisão, v. ADAMO, Giovanni. “Cenni generali in materia di discipline applicabili al danno generato dall’utilizzo di prodotti da fumo”, in: *Diritto&Diritti*, maio de 2003, https://www.diritto.it/articoli/civile/adamo.html#_ftnref38, acesso em 06.03.2018.

fundamental da pessoa e bem primário, constitucionalmente garantido, é plenamente operante também nas relações de direito privado. Devendo-se reconhecer que a lesão ao direito subjetivo garantido no art. 32 da Constituição integra a *fattispecie* do art. 2043 C.C., não há dúvidas sobre a obrigação de reparar os danos pela violação daquele direito”.⁷⁸

A primeira vez que se reconheceu a responsabilidade da indústria do fumo pela morte causada a um fumante ocorreu em 2005⁷⁹, com a decisão da *Corte di Appello di Roma*, na *sentenza* n. 1015, de 07.03.2005⁸⁰. No caso, a vítima havia fumado uma média de 20 cigarros ao dia, durante 40 anos, o que foi tido pela Corte como um consumo que não podia ser tido como impróprio

⁷⁸ Posição interessante, à luz do quadro normativo italiano, é a de Massimo Franzoni, ao afirmar que as atividades perigosas que, pela sua própria natureza ou pelos meios empregados, tornam provável – e não simplesmente possível – a ocorrência de um evento danoso e importam responsabilidade *ex-vi* do art. 2050 CC (“Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un’attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno [1681, 2054]”), são diversas daquelas atividades normalmente inócuas, mas que podem tornar-se perigosas pela conduta de quem as exerce, as quais desafiam a aplicação do art. 2043 CC (“Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”) – FRANZONI, Massimo. *L’illecito. Diritto e Giustizia*, 2005, fasc. 1, p. 67.

⁷⁹ Embora já em 2000 o *Tribunale di Roma*, em decisão de 11.02.2000, dera um passo “na direção de um genérico reconhecimento do fumo como substância intrinsecamente danosa, fonte certa de um possível prejuízo à saúde, que autoriza, na dependência das circunstâncias do caso concreto, a afirmação da correlação causal com a patologia de que se queixa o autor” - BALDINI, Gianni. *Il danno da fumo – Il problema della responsabilità nel danno da sostanze tossiche*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 177 e n.r. 25 e 26.

⁸⁰ Todavia, também na Itália a questão não está pacificada, pois convive-se com decisões ainda desfavoráveis ao consumidor - v.g.: Tribunale di Roma (lembrando-se que, na organização judiciária italiana, a expressão *Tribunale* se refere a cortes de primeiro grau de jurisdição, ao passo que *Corte d’Appello* representa os tribunais de segundo grau de jurisdição) – sent. n. 23877, de 5.12.2007: “A differenza dei prodotti la cui potenzialità lesiva è intrinseca, il prodotto finale dell’attività produttiva, rappresentato dalla sigaretta, non ha in sé una capacità di provocare situazioni dannose, mentre può diventare dannoso, e quindi pericoloso, l’uso reiterato nel tempo dello stesso prodotto in base al comportamento proprio del consumatore che deve protrarsi per un periodo oggettivamente rilevante” (in: *Resp. Civile e Prev.*, 2008, 09, 1868.).

ou exagerado. Ao contrário, tratava-se de um comportamento que era razoável esperar-se de um fumante médio. Além disso, tratava-se de um professor que vivia numa pequena cidade interiorana, sem problemas de poluição, e sem qualquer história de câncer na família.

Referido *leading case* italiano apoiou a condenação no art. 2050 do Código Civil italiano (responsabilidade civil por atividades perigosas), afirmando que quem produz e comercializa produtos derivados de tabaco não pode ignorar os riscos para a saúde do consumidor, pois conhece a mistura dos milhares de componentes tóxicos e cancerígenos do cigarro, o que é conhecido cientificamente desde os anos 50. Afirmou, também, que o fabricante tinha o dever de alertar o consumidor de tais riscos, mesmo antes da lei específica que tornou obrigatório tais advertências (no caso italiano, Lei 428, de 1990, que entrou em vigor em 1991). Relativamente aonexo causal, o acórdão apoiou-se na sólida corrente jurisprudencial do órgão de cúpula da justiça ordinária italiana - a Corte de Cassação -, desenvolvida no âmbito da responsabilidade médica, que reconhece a subsistência do nexocausal mesmo nas hipóteses em que haja uma simples correlação probabilística entre a conduta e o evento culposo (C. Cassazione, sent. n. 632, de 21.01.2000; C. Cass., sent. n. 11287, de 16.11.1993; C. Cass., sent. 3013, de 13.05.1982, dentre outras). Assim, afirmou-se existir um nexode causalidade entre o consumo de cigarros e a neoplasia pulmonar “de acordo com um sério e razoável critério de probabilidade científica, além de qualquer dúvida razoável, ainda que não propicie uma certeza absoluta.”

Mais recentemente, deve ser mencionada recente decisão do *Tribunale di Milano* (sent. n. 9235/14 de 11.07.2014)⁸¹,

⁸¹ Reprodução da sentença e amplos comentários sobre seus argumentos encontra-se no endereço eletrônico http://www.francocrisafi.it/web_secondario/sentenze%202015/tribunale%20Milano%20sez%2010%20sentenza%2011%2007%2014.pdf, acesso em 07.03.2018, com comentários de Edoardo Adducci e Ilaria Camiletti, sob o título “Danni da fumo: risarciti gli eredi di tabagista deceduto per tumore”.

reconhecendo a responsabilidade da indústria de fumo pelo câncer pulmonar que vitimou o autor, onde se afastou o argumento de que a vítima tinha conhecimento dos malefícios do fumo. No caso, a ação fora movida por familiares de uma vítima que havia começado a fumar com 15 anos, em 1965, e continuou a fumar até falecer, em 2004. A sentença condenou as três demandadas ao pagamento de 776.000 euros a título de indenização, já considerada a contribuição causal do fumante, no percentual de 20%. A sentença baseou-se fortemente na notável decisão da Corte de Cassação italiana (n. 26516, de 2009), segundo a qual “l’attività di commercializzazione e produzione delle sigarette è pericolosa e la pretesa conoscenza del rischio connesso al fumo non esclude la configurabilità della responsabilità del produttore.”⁸²

Ainda na Itália, deve-se fazer referência a uma importante sub-categoria de casos de responsabilização da indústria do fumo. Trata-se dos cigarros *light*. Firmou-se sólida jurisprudência, a partir de 2003/2005 (*Giudice di Pace di Portici*, sent. de 07.11.2003 e 20.11.2003; *Giudice di Pace di Napoli*, sent. de 01.09.2004 e – a mais famosa – de 18.03.2005; *Giudice di Pace di Torre Annunziata*, sent. de 22.02.2005), apoiada na legislação italiana e no art. 7º da Diretiva 2001/37 da União Europeia que proibiu, a partir de 30.09.2003, a utilização de qualquer indicação que sugerisse que um produto seria menos prejudicial para a saúde do que outro, o que abrangia (segundo o *considerando* n. 27 da Diretiva) “o uso, nos maços de cigarro, das palavras como ‘baixo teor de alcatrão’, ‘*ultralight*’, ‘*light*’, ‘*mild*’, de nomes, imagens ou elementos figurativos”, que possam “induzir a engano do consumidor, dando-lhe a falsa impressão de que os

⁸² As mais recentes decisões italianas costumam aplicar o disposto nos artigos 114 a 127 do Código de Defesa do Consumidor, no sentido de que o consumidor deve limitar-se a provar a relação causal genérica entre o defeito do produto e o dano sofrido, incumbindo ao produtor – réu – a prova contrária relativamente ao fato específico - BALDINI, Gianni. *Il danno da fumo – Il problema della responsabilità nel danno da sostanze tossiche*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 176, n.r. 24.

referidos produtos sejam menos nocivos, acarretando um aumento do consumo”.

A *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, com o *Provvedimento n. 11204*, de 12.09.2002, já havia afirmado que a expressão “*light*” impressa nos maços de cigarro constituíam mensagem publicitária enganosa, já que idônea a induzir em erro os consumidores, quanto às características do produto e à menor periculosidade do mesmo para a saúde, relativamente aos outros tipos de cigarro. Nas conclusões do bem fundamentado *Provvedimento*, a *Autorità Garante* afirmou que “allo stato attuale del dibattito scientifico, appare potersi ritenere che le sigarette “light” non sono meno dannose per la salute rispetto alle sigarette c.d. normali o full flavour”, e que “il messaggio in esame configuri una violazione dell'articolo 5 del Decreto Legislativo n. 74/92, in quanto è suscettibile di porre in pericolo la salute dei consumatori i quali ritengono, erroneamente, di essere in presenza di un prodotto meno nocivo per la salute rispetto alle sigarette normali”, razão pela qual deliberou que “che il messaggio pubblicitario descritto al punto 2 del presente provvedimento, diffuso dalle società Philip Morris GmbH, Philip Morris Holland BV e Philip Morris Products Inc., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una fattispecie di pubblicità ingannevole ai sensi degli artt. 1, 2, 3, e 5 del Decreto Legislativo n. 74/92.”⁸³

Em alguns casos, afirmou-se que tal tipo de menção enganosa teria feito com que o consumidor tivesse perdido a chance de parar de fumar, pois induzido a pensar que poderia simplesmente mudar o tipo de produto (de cigarro normal para cigarros *lights*) para afastar os riscos à saúde.

Importante sentença do *Giudice di Pace di Napoli*, de 22.03.2005, que condenou a demandada ao pagamento de 770

⁸³ Provvedimento n. 11204 (PI3741) SIGARETTE MARLBORO LIGHTS; L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, sessão de 12.09.2002, disponível em http://www.amblav.it/Download/Provvedimento_anti-trust_112004_02.pdf, acesso em 07.03.2018.

euros ao autor, pela perda da chance de parar de fumar, foi alterada, em alguns pontos, pela Corte de Cassação italiana (sent. n. 26516, de 17.12.2009). No essencial, porém, a Cassação confirmou que efetivamente o dano sofrido pelo consumidor em decorrência do fumo de cigarros *light* pode ser ressarcido como sendo um *danno ingiusto*.

De notável importância foi a decisão da Corte de Cassação n. 794, proferida pelas Seções Unidas da Cassação (órgão encarregado de uniformizar a jurisprudência, quando há divergência entre as diversas turmas – *sezioni* - da Cassação), em 15.01.2009. Afirmou-se, nessa ocasião, que se configura um ilícito causador de dano injusto, portanto ressarcível *ex vi* do art. 2043 e 2059 CC, no caso em que o produtor, incluindo a expressão “*light*” nos maços de cigarro, tenha induzido o consumidor a pensar que o produto fosse menos nocivo, ainda que imputando ao autor o ônus da prova de demonstrar o nexo causal entre tal situação e sua decisão de passar a consumir tal produto. Mais importante ainda, afirmou-se que tal hipótese (uso da expressão enganosa “*light*”) poderia acarretar a responsabilização da indústria do fumo, com base no art. 2043, ainda antes de 2003 (quando entrou em vigor a proibição de utilização de tais expressões). Afirmou-se, ainda, que o que é indenizável são os danos decorrentes da lesão à saúde, não sendo indenizável o chamado “perigo de contrair doenças”. Também foi dito que na fixação do valor da indenização, pode-se levar em consideração a conduta do fumador. Essa mesma orientação já havia sido adotada pela sent. n. 15131, da Corte de Cassação (Sezione III), de 04.07.2007.⁸⁴ Também a importante sent. n. 26516, de 17.12.2009 (Sezione III), seguiu tais parâmetros, afirmando que a produção e distribuição de cigarros é claramente uma “atividade perigosa”, no sentido do art. 2050 CC.

⁸⁴ Relativamente à evolução da jurisprudência italiana concernente aos cigarros *lights*, v. MODAFFARI, Luigi Bruno. *Il risarcimento del danno da fumo di sigaretta*. Milano: Giuffrè, 2016, esp. p. 20 a 30.

Também merece referência o ajuizamento, em razão do que foi afirmado na decisão por último citada (Cassação, n. 26516/09), de uma ação coletiva (*azione di classe*) pelo CODA-CONS - *Coordinamento delle associazioni per la difesa dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori* - junto ao *Tribunale di Roma*, com fulcro no art. 140-bis do *Codice del Consumo* italiano (que disciplina as ações de classe para tutela de direitos individuais homogêneos e direitos coletivos dos consumidores (ajuizáveis por cada integrante da classe ou por associações), juntamente com três associados da entidade. A ação foi ajuizada contra a BAT Italia (*British American Tobacco Italia*), em favor de todos os fumantes que aderissem à demanda, em razão da demandada ter aumentado o efeito da dependência da nicotina, acrescentando ao tabaco mais de 200 aditivos. Como dano, argüiu-se o temor de adoentar-se, bem como pediu-se o ressarcimento das despesas tidas com a aquisição de cigarro ao longo da vida, em razão do vício. A demanda foi tida como inadmissível em primeiro grau (11.04.2011) e em segundo grau (25.01.2012). Houve recurso para a Corte de Cassação, sendo que o colegiado a quem foi distribuído o recurso (Sezione III) remeteu o caso (em 24.04.2015) para as Seções Unidas, para prevenir contraste jurisprudencial sobre o tema. Em 01.02.2017 as *Sezione Unite* da C. Cassação publicaram sua decisão⁸⁵, entendendo que descabia o recurso constitucional para a Cassação, mas afirmou que “la dichiarazione di inammissibilità preclude altresì la riproposizione dell'azione da parte dei medesimi soggetti ma non da parte di chi non abbia aderito all'azione oggetto di quella dichiarazione”, visando a obtenção do ressarcimento do dano. Em suma, firmou-se o entendimento da inadequação da ação coletiva, naquele caso, sem afastar a possibilidade de demandas individuais com base nos mesmos

85

http://www.iurisprudenzia.it/public/sentenze/636219299785161250_SSUU%202610_2017%20ricorso%20straordinario%20e%20class%20action.pdf, acesso em 07.03.2018.

fatos.

Por último, merece referência a proteção dos lesados por fumo passivo na Itália. Já na década de cinquenta proibiu-se o fumo em determinados ambientes de trabalho (locais perigosos – d.P.R. n. 547, de 24.04.1955; locais subterrâneos – d.P.R. n. 128, de 09.04.1959), embora mais por questões de segurança do que por preocupação com o fumo passivo. Já em 1975, com a Lei 548, de 11.11.1975, introduz-se a proibição de fumar em meios de transporte coletivo e em alguns locais públicos, como cinema e teatros. Com a Lei 833, de 23.12.1978 reconhece-se expressamente a problemática do fumo passivo como fator de risco para a saúde humana, com a obrigação de todos de adotar medidas idôneas para eliminar tal perigo. Em 1994, com o D.L. n. 626, de 19.09.1994, procura-se proteger o trabalhador não fumante. Mas foi só com a Lei n. 3, de 16.01.2003 que se introduziu uma proibição generalizada de fumar em todos os locais públicos.

Desde 1991 a *Corte Costituzionale* italiana (sent. n. 5002, de 07.05.1991) admitiu que o não fumante prejudicado pudesse agir contra o fumante, para ressarcir-se dos danos causados à sua pessoa, pela exposição ao fumo passivo, com base no art. 2043 (cláusula geral da culpa) do CC, combinado com o art. 32 da Constituição (que consagra o direito à saúde)⁸⁶. Posteriormente tais demandas foram melhor enquadradas no art. 2087 do Código Civil, que tutela as condições de trabalho, dizendo que “o empresário é obrigado a adotar no exercício da empresa as medidas que, segundo as particularidades do trabalho, experiência e a técnica, sejam necessárias para tutelar a integridade física e a personalidade moral dos trabalhadores”.⁸⁷

⁸⁶ O caso envolvia dois não fumantes que pediam indenização pelos danos derivados do fumo passivo, contraídos em seus ambientes de trabalho – em um restaurante e no pronto socorro de um hospital.

⁸⁷ No original: “L’imprenditore è tenuto ad adottare nell’esercizio dell’impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l’esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l’integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro [Cost. 37, 41]”.

Além de inúmeras decisões de graus inferiores, destaca-se decisão da Corte de Cassação (n. 24404, de 16.11.2006), que concedeu indenização a uma empregada que fora compelida a trabalhar em ambiente saturado de fumo e que havia contraído diversas doenças ao longo do período de trabalho, relacionadas ao fumo passivo. O empregador foi condenado por não fornecer ambiente de trabalho salubre. Outra decisão importante da mesma Corte foi a sent. n. 3227, de 10.02.2011, que garantiu indenização como doença profissional “la patologia polmonare che, con rilevante grado di probabilità, sia riconducibile ad esposizione al fumo passivo in ambiente di lavoro”. Recente decisão da mesma Corte di Cassazione (n. 4211, de 03.3.2016) confirmou a condenação da RAI (empresa estatal italiana de televisão), no valor de quase 32.000 euros, pelos danos biológicos e morais provocados pelo fumo passivo, sofridos por uma sua jornalista, exposta ao fumo no seu ambiente de trabalho. A RAI alegava em defesa que ao longo dos anos sempre emitira circulares proibindo o fumo. A decisão da Cassação, rejeitando tal argumento, foi no sentido de que “circolari e direttive non costituiscono, evidentemente, misura idonea a contrastare i rischi da esposizione da fumo passivo”, se tais orientações/proibições não são acompanhadas de efetivas sanções e providências ulteriores para garantir sua eficácia.

Não deixa de chamar atenção o fato que parece ser mais fácil condenar empresas de pequeno e médio porte, por não protegerem adequadamente seus empregados contra o fumo passivo involuntário, do que condenar a verdadeira fonte de todos esses malefícios – a indústria do fumo -, apesar de tudo o quanto já se sabe sobre sua conduta criminosa.

7.2 O CASO CANADENSE.

No Canadá, merece referência importante decisão condenatória proferida pela *Superior Court (District of Montreal,*

Province of Québec), em 09.06.2015⁸⁸, que julgou procedente, de forma conjunta, duas ações coletivas (casos *Blais* e *Létourneau*: a primeira foi movida por Jean-Ives Blais e o Conseil Québécois sur le Tabac et la Santé contra JTI-Macdonald Corp., Imperial Tobacco Canada Limited e Rothmans, Benson & Hedges Inc; a segunda movida por Cecília Létourneau contra as mesmas três rés) e condenou as indústrias do fumo a indenizações milionárias.

As demandas haviam sido propostas separadamente, envolvendo dois grupos distintos de autores: no caso *Blais*, os autores representados na *class action* eram residentes de Quebec que alegavam ter contraído câncer de pulmão, de garganta e enfisema pulmonar em razão do fumo; no caso *Létourneau*, os autores representados eram residentes de Quebec que alegavam serem viciados em nicotina e que não conseguiam parar de fumar. As ações foram ajuizadas em 1998 e reunidas em 2005 para instrução e julgamento conjuntos.

Mais de um milhão de moradores de Quebec estão representados nestas demandas. Durante o processamento, foram produzidos aproximadamente 27.000 documentos e inquiridas 78 testemunhas especializadas. A decisão, com 276 páginas, reconheceu a responsabilidade das três rés pelos danos sofridos pelas vítimas, afirmou que elas não informaram corretamente seus consumidores dos riscos e perigos associados aos seus produtos e violaram a legislação de Quebec por utilizarem publicidade enganosa (*unscrupulous marketing*).

A decisão especificou que seriam por ela beneficiados os moradores da Província de Québec que, no caso *Blais*, tenham fumado determinado número de cigarros (87.600 cigarros – ex.: 20 cigarros por dia, por 12 anos; 30 cigarros por dia por 8 anos; 10 cigarros por dia por 24 anos) até determinada data (novembro

⁸⁸ Disponível em : <http://citoyens.soquij.qc.ca/php/decision.php?ID=5C56225E67C1EF7C8C5398D9A9A5361B&page=1>, acesso em 20.09.2015.

de 1998), e que tenham sido diagnosticados até 12 de março de 2012, com câncer de pulmão, câncer na garganta ou enfisema pulmonar. No caso *Létourneau*, o grupo de favorecidos abrangeu os residentes na Província de Québec que tenham iniciado a fumar antes de 30 de setembro de 1994 e que demonstrem ter fumado no mínimo 15 cigarros por dia entre 1998 e 2005.

Entre os danos morais coletivos e *punitive damages*, o valor da condenação, no caso *Blais*, chegou a 6.858.864.000,00 dólares canadenses (ou cerca de 4.924.312.615,38 dólares americanos), impostos às três rés, solidariamente. Além dessa indenização coletiva, houve a condenação por danos individuais a cada vítima integrante do grupo, em valores que variaram entre 24 mil, 30 mil, 80 mil e 100 mil dólares canadenses, conforme o tipo de doença desenvolvida e a época em que fumou.

No caso *Létourneau*, julgado conjuntamente, a condenação foi apenas de *punitive damages*, nos valores de 72.500.000,00, 46.000.000,00 e 12.500.000,00 dólares canadenses para cada uma das três rés (o que equivale a 94.051.282,00 dólares americanos).

Estima-se que o custo total da condenação, envolvendo os danos coletivos, individuais e punitivos, tenha ficado por volta de 15,6 bilhões de dólares canadenses (aproximadamente 10,8 bilhões de dólares americanos).

Essa importante decisão, com sólidos e aprofundados argumentos e amparada em provas irrefutáveis, colhidas ao longo de 251 dias de audiências (realizadas entre 12.03.2012 e 11.12.2014), com a oitiva de dezenas de especialistas e coleta de farto material documental, igualmente demonstrou como a indústria do fumo tinha pleno e precoce conhecimento dos malefícios ligados ao fumo que tentou esconder por tanto tempo quanto pode dos consumidores, além de manipular os teores de nicotina para mais profundamente viciar os consumidores dos seus produtos, de forma a evitar que abandonassem o vício. Tratou-se da primeira condenação da indústria do fumo em solo

canadense⁸⁹.

8 A TARDIA ADMISSÃO DE UMA RESPONSABILIDADE.

Após ter se tornado cientificamente incontroversa a relação entre o tabagismo e a contração de inúmeras doenças, e após ter sido publicizado o fato de que por décadas a indústria do fumo, já sabedora de tal relação, continuava a negar a mesma, sonhando e falsificando dados, a indústria do fumo não teve alternativa senão reconhecer (até por força das condenações judiciais e acordos celebrados com órgãos governamentais), embora tardiamente, os malefícios ligados ao produto por ela lançado no mercado. De fato, a própria *British American Tobacco*, a maior empresa global de produção de cigarros e dona da Souza Cruz, a líder brasileira, no seu site oficial, reconhece expressamente os males associados ao consumo do cigarro e afirma que “a única forma de evitar os riscos do cigarro é não fumar”, ou seja, não há níveis seguros de consumo do fumo. O texto que se encontra no site da B.A.T. sob a aba “Our Products” e, dentro dela, a aba “The health risks of our products”, encontra-se igualmente no site da Souza Cruz, a subsidiária brasileira da B.A.T., sob a aba “Nossos produtos”, e, dentro dela, na aba “Saúde”⁹⁰, mas em versão mais amena. Eis parte de seus termos:

“Saúde

A Souza Cruz reconhece os riscos à saúde associados ao consumo de produtos derivados do tabaco. (...)

Riscos reais

O cigarro é a forma mais comum de consumo do tabaco. No entanto, também é a que tem mais riscos associados. A queima de qualquer planta – e não do tabaco exclusivamente – produz milhares de novos componentes químicos, sendo parte deles

⁸⁹ Informações sobre a importância desta demanda podem ser obtidas no site <http://www.publichealthlawcenter.org/sites/default/files/resources/tclc-legal-update-winter-2016.pdf>, acesso em 15.12.2015.

⁹⁰ http://www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU_AG6LVH.nsf/vwPagesWebLive/DOAGFL6P, acesso em 10.03.2018.

tóxicos.

As conclusões a respeito dos riscos de fumar foram obtidas por meio de estudos epidemiológicos, que utilizam estatísticas para analisar efeitos em grandes grupos, ao invés de indivíduos isolados. No curso dos anos, foi possível identificar de forma consistente uma incidência maior de determinadas doenças entre fumantes em comparação com os não-fumantes. Esses estudos também relataram que os riscos se reduzem após abandonar o consumo de cigarros.

(...)

A única maneira de evitar o risco à saúde associado ao ato de fumar é não fumar e a melhor forma de diminuir esses riscos é parar de fumar.

Parar de fumar

A Souza Cruz entende que todas as pessoas são capazes de parar de fumar, desde que estejam realmente determinadas e motivadas para tanto. Estatísticas de autoridades mundiais de saúde pública demonstram que milhões de fumantes em todo o mundo já deixaram o cigarro sem qualquer ajuda profissional, mesmo antes da existência de quaisquer medicamentos para auxiliá-los.”

Já no site da empresa-mãe (http://www.bat.com/group/sites/UK__9D9KCY.nsf/vwPagesWebLive/DO52AMG6, acessado em 08.03.2018) encontram-se afirmações bem mais categóricas:

“As well as being the most common way of consuming tobacco, cigarettes are also the most harmful. Burning any plant material like tobacco turns thousands of plant-based compounds into thousands of new compounds, some of which are toxic. Inhaling the smoke that contains these toxicants causes the overwhelming majority of smoking-related diseases.

Along with the pleasures of smoking, there are real risks of serious diseases such as lung cancer, respiratory disease and heart disease, and for many people, smoking is difficult to quit.

What people should consider about the risks of smoking:

- Smoking is a cause of various serious and fatal diseases.
- The health risks in groups vary by the amount smoked, being highest in those that smoke for more years and smoke more cigarettes per day.
- The risks reduce in groups of people who quit smoking, and

the reductions increase from quitting earlier.

- Experts advise no smoking during pregnancy – and we agree.
- The only way to be certain of avoiding the risks of smoking is not to smoke.”

Acessando-se o hiperlink disponibilizado no texto (real risks of serious diseases), abre-se uma página contendo menção às mais comuns doenças associadas ao fumo. Nas informações relativas a câncer do pulmão, candidamente se reconhece que “It has been estimated (though estimates vary considerably) that around 10-15 per cent of lifelong smokers get lung cancer and, that of all the people who get lung cancer, around 90 per cent are smokers.”

Assim, a partir dos fatos admitidos pela própria B.A.T., considerando-se que existam cerca de 1,3 bilhões de fumantes no mundo (<https://veja.abril.com.br/blog/letra-de-medico/o-tabagismo-no-mundo-e-no-brasil/>, dados de 2017), isso significa, aplicando-se o percentual conservador de 10% reconhecido como mínimo pela própria indústria do fumo, que 130 milhões de pessoas contrairão câncer de pulmão. Dos que contraírem a doença, os mais felizardos terão uma sobrevida de até cinco anos (esses ficam entre uma faixa de 13 a 21% nos países desenvolvidos e entre 7 a 10% nos países em desenvolvimento⁹¹).

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A partir dos dados reconhecidos pela própria indústria do fumo, como visto no item anterior, tem os fabricantes de cigarro expressa consciência, publicamente admitida, de que seu produto ceifará a vida de 130 milhões de pessoas e afetará outro

⁹¹ Segundo informações obtidas no estudo denominado “Tendência das taxas de mortalidade de câncer de pulmão corrigidas no Brasil e regiões”, publicado por Deborah Carvalho Malta, Daisy Maria Xavier de Abreu, Lenildo de Moura, Gustavo C Lana, Gulnar Azevedo, Elisabeth França, na *Revista de Saúde Pública*, 2016, vol. 50, p. 33 - <http://www.rsp.fsp.usp.br/>, acessado através do site http://www.scielo.br/pdf/rsp/v50/pt_0034-8910-rsp-S1518-87872016050006209.pdf, em 01.03.2018.

tanto número de famílias – e isso só considerando os fumantes que contrairão câncer de pulmão, na mais conservadora estatística por ela aceita, sem considerar todas as demais doenças comprovadamente associadas ao fumo.

Considerando tudo isso, não deixa de pasmar a atitude de absoluta complacência do Judiciário, mundo afora, por tanto tempo, em relação a esse descalabro. Com toda a cultura de proteção ao consumidor, de valorização dos direitos fundamentais à saúde e à integridade física, seria inimaginável que o judiciário tivesse complacência com qualquer outro produtor a respeito do qual se descobrisse que tivesse lançado um produto cujo consumo ‘normal’ acarretasse vício (ou seja, dificultando enormemente ao consumidor de interromper o consumo), que durante tanto tempo fizesse propaganda enganosa dirigida aos jovens (quase a totalidade dos fumantes começam a fumar ainda na adolescência, fase em que se é absolutamente vulnerável e facilmente sugestível), que escondesse os dados de que tinha conhecimento, demonstrando os malefícios associados ao fumo, que subornasse supostos pesquisadores a publicarem artigos pseudocientíficos em seu favor, e cujo produto comprovadamente tenha causado centenas de milhões de mortes de consumidores, a cada geração. A história forense da luta pela responsabilização da indústria do fumo é um vergonhoso capítulo escrito pelo Judiciário de todos os países, inclusive pelo brasileiro, que não registra, até o momento, decisões condenatórias transitadas em julgado contra os fabricantes de cigarros. Felizmente, a maré está começando a mudar. As águas dessa mudança certamente em breve começarão a respingar em *terra brasilis*.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ADAMO, Giovanni. “Cenni generali in materia di discipline applicabili al danno generato dall’utilizzo di prodotti da fumo”, in: *Diritto&Diritti*, maio de 2003, https://www.diritto.it/articoli/civile/adamo.html#_ftnref38, acesso em 06.03.2018.
- ADDUCCI, Edoardo; CAMILETTI, Ilaria. *Danni da fumo: risarciti gli eredi di tabagista deceduto per tumore*. In: http://www.francocrisafi.it/web_secondario/sentenze%202015/tribunale%20Milano%20sez%2010%20sentenza%2011%2007%2014.pdf, acesso em 07.03.2018.
- ASSIS, Alexandre Caminho de; VERONESE E VERONESE, Luna. Os males da indústria tabagista e o direito brasileiro. *Revista Jurídica Consulex*, ano XVIII, n. 429, 1º.12.2014, número especial: “TABAGISMO – Polêmica Reacesa”.
- BALDINI, Gianni. *Il danno da fumo – Il problema della responsabilità nel danno da sostanze tossiche*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.
- BRANDT, Allan M. *The Cigarette Century – The Rise, Fall, and Deadly Persistence of the Product that Defined America*. New York: Basic Books, 2007.
- BRITTON, John. “Death, disease, and tobacco”, in: “*The Lancet*”, edição de 05.04.2017, acessível em [http://thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(17\)30867-X/fulltext](http://thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(17)30867-X/fulltext). Acesso em 15.04.2017.
- CABRERA, Oscar; GUILLEN, Paula Ávila; CARBALLO, Juan. Viabilidade Jurídica de uma Proibição Total da Publicidade de Tabaco. O Caso perante a Corte Constitucional da Colômbia. In: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). *Publicidade de Tabaco – Frente e Verso da Liberdade de Expressão Comercial*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARVALHO, Mário Cesar. O cigarro. São Paulo: *Publifolha*, 2001, p. 16/17.

- CHAZAL, Jean-Pascal. “Vulnérabilité et Droit de la Consommation”. In : COHET-CORDEY, Frédérique (coord.). *VULNÉRABILITÉ ET DROIT. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble : Presses Universitaires de Grenoble, 2000.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. “Controle do uso do tabaco: constitucionalidade do controle da distribuição e da publicidade”. In: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). *Publicidade de Tabaco – Frente e Verso da Liberdade de Expressão Comercial*. São Paulo: Atlas, 2015.
- DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade Civil e tabagismo no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- DELFINO, Lúcio. Responsabilidade Civil da Indústria do Tabaco. In HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). *Controle do Tabaco e o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DI COSTANZO, Lucia. I prodotti da fumo: responsabilità e regolamentazione. *Rassegna di Diritto Civile*, 2/2004.
- EUBANKS, Sharon Y.; GLANTZ, Stanton A. *Bad Acts – The racketeering case against the tobacco industry*. Washington: American Public Health Association, 2012.
- EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS SOBRE TABAGISMO PARA SUBSÍDIO AO PODER JUDICIÁRIO. Projeto Diretrizes, da AMB. Documento elaborado pela Associação Médica Brasileira; Ministério da Saúde/Instituto Nacional de Câncer; Aliança de Controle do Tabagismo, 2013.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2015.
- FRANZONI, Massimo. L’illecito. In : *Diritto e Giustizia*, 2005, fasc. 1.
- GARNER, Donald W. Cigarette Dependency and Civil Liability: a Modest Proposal. *Southern California Law Review*,

- vol. 53 (1979/80), p. 1423s.
- GIFFORD, Donald G. *Suing the Tobacco and Lead Pigment Industries – Government Litigation as Public Health Prescription*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2010.
- HENRIQUES, Isabella. “Controle do Tabaco X Controle do Álcool: Convergências e Diferenciações Necessárias. In: HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). *Controle do Tabaco e o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2011.
- HOMSI, Clarissa Menezes. As Ações Judiciais Envolvendo o Tabagismo e seu Controle. In HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). *Controle do Tabaco e o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- KOENIG, Thomas H. & RUSTAD, Michael L. *In Defense of Tort Law*. New York: New York University Press, 2003.
- LOPEZ, Tereza Ancona. Das consequências jurídicas da dependência ao tabaco: conceito jurídico e aptidão para constituir dano indenizável. In: LOPEZ, Teresa Ancona (coord.). *Estudos e Pareceres sobre Livre-arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente – O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- MALTA, Deborah Carvalho; XAVIER DE ABREU, Daisy Maria MOURA, Lenildo de; LANA, Gustavo C., AZEVEDO, Gulnar; FRANÇA, Elisabeth. Tendência das taxas de mortalidade de câncer de pulmão corrigidas no Brasil e regiões. In: *Revista de Saúde Pública*, 2016, vol. 50, p. 33.
- MARQUES, Cláudia Lima. Prefácio a HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). *Controle do Tabaco e o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MODAFFARI, Luigi Bruno. *Il risarcimento del danno da fumo di sigaretta*. Milano: Giuffrè, 2016.

- MOURA, Walter. O Fumo e a Sociedade de Consumo: o Novo Sentido da Saúde. In: HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). *Controle do Tabaco e o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2011.
- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.
- MUST, Emma; EFROYMSON, Debra; TANUDYAYA, Flora. *Controle do Tabaco e Desenvolvimento – Manual para Organizações Não Governamentais. Guia PATH Canadá*. Rio de Janeiro: Rede de Desenvolvimento Humano, 2004.
- OLACIREGUI, José M. López. Esencia y fundamento de la responsabilidad civil. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año II, n. 64, ago.1978, *apud* HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- OREY, Michael. *Assuming the Risk: The Mavericks, The Lawyers, And the Whistle-Blowers Who Beat Big Tobacco*. Boston: Little, Brown and Company, 1999.
- PASQUALOTTO, Adalberto (org.). *Publicidade de Tabaco – Frente e Verso da Liberdade de Expressão Comercial*. São Paulo: Atlas, 2015.
- PONZANELLI, Giulio. Responsabilità da prodotto da fumo: il ‘grande freddo’ dei danni punitivi. *Foro it.*, 2000, IV.
- RICARD, Matthieu. *A revolução do altruísmo*. São Paulo: Palas Athena, 2015.
- SAYAH, Jamil. Vulnerabilité et Mutation du Droit de la Responsabilité. In : COHET-CORDEY, Frédérique (coord.). *VULNÉRABILITÉ ET DROIT. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000.
- SCHWARTZ, Gary T. Tobacco Liability in the Courts. In: RABIN & SUGARMAN (eds.), *Smoking Policy: Law,*

- Politics, and Culture*. New York: Oxford University Press, 1993.
- SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *Direito e Tabaco – Prevenção, Reparação e Decisão*. São Paulo: Atlas, 2016.
- STOCO, Rui. Responsabilidade civil das empresas fabricantes de cigarro. Disponível em http://www.fat.edu.br/saberjuridico/publicacoes/Artigo_RuiStoco.pdf, acessado em 06.12.2015.
- SUGARMAN, Stephen D. La responsabilità civile delle imprese produttrici di sigarette. *Danno e Responsabilità*, n. 12, 2001.
- UNITED STATES CONGRESS SENATE COMMITTEE ON JUDICIARY. *DEPARTMENT OF JUSTICE OVERSIGHT: MANAGEMENT OF THE TOBACCO LITIGATION*. Washington: U.S. Government Printing Office, 2002.
- USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade civil por ato lícito*. São Paulo: Atlas, 2014.
- VEDOVATO, Luís Renato. A Convenção-Quadro sobre Controle do uso do Tabaco – Consequências para o ordenamento jurídico brasileiro. In: HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). *Controle do Tabaco e o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2011.
- VIDMAR, Neil; HANS, Valerie P. *American Juries – The Verdict*. Amherst/New York: Prometheus Books, 2007.
- WHO – REPORT ON THE GLOBAL TOBACCO EPIDEMIC, 2008: The MPOWER package. World Health Organization, http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789241563918_eng_full.pdf, acesso 13/8.2010.