



Diretoria

Presidente

Marcos da Costa

Vice Presidente

Ivette Senise Ferreira

Secretário-Geral

Caio Augusto Silva dos Santos

Secretário-Geral Adjunto

Antonio Fernandes Ruiz Filho

Tesoureiro

Carlos Roberto Fornes Mateucci



Conselho Seccional

Conselheiros Efetivos

Ailton José Gimenez
Alexandre Luis Mendonça Rollo
Américo de Carvalho Filho
Anis Kfoury Junior
Anna Carla Agazzi
Antonio Carlos Delgado Lopes
Antonio Carlos Rodrigues do Amaral
Armando Luiz Rovai
Benedito Marques Ballouk Filho
Carlos Alberto Expedito de Britto Neto
Carlos Alberto Maluf Sanseverino
Carlos Fernando de Faria Kauffmann
Carlos José Santos da Silva
Carlos Roberto Faleiros Diniz
Cid Antonio Velludo Salvador
Cid Vieira de Souza Filho
Claudio Peron Ferraz
Clito Fornaciari Junior
Dijalma Lacerda
Edmilson Wagner Gallinari
Edson Cosac Bortolai
Edson Roberto Reis
Eduardo Cesar Leite
Eli Alves da Silva
Estevao Mallet
Fábio Ferreira de Oliveira
Fábio Marcos Bernardes Trombetti
Fabiola Marques
Fernando Oscar Castelo Branco
Flávio José de Souza Brando
Gilda Figueiredo Ferraz de Andrade
Helena Maria Diniz
Horácio Bernardes Neto
Jairo Haber
Jamil Gonçalves do Nascimento
Jarbas Andrade Machioni
João Baptista de Oliveira
João Carlos Pannocchia
João Carlos Rizolli
João Emilio Zola Junior
José Antonio Khattar
José Eduardo Tavolieri de Oliveira
José Fabiano de Queiroz Wagner
José Maria Dias Neto
José Paschoal Filho
José Tarcísio Oliveira Rosa
Laerte Soares
Livio Enescu
Luiz Donato Silveira
Luiz Fernando Afonso Rodrigues
Luiz Silvio Moreira Salata
Manoel Roberto Hermida Ogando
Marcio Aparecido Pereira
Marcio Cammarosano
Marco Antonio Pinto Soares Junior
Marco Aurélio Vicente Vieira
Martim de Almeida Sampaio
Mauricio Januzzi Santos
Maurício Silva Leite
Moirá Virginia Huggard-Caine
Odinei Rogério Bianchin
Odinei Roque Assarisse
Paulo José Iasz de Morais
Raimundo Taraskevicius Sales
Ricardo Cholbi Tepedino
Ricardo Lopes de Oliveira
Ricardo Luiz de Toledo Santos Filho
Ricardo Rui Giuntini
Roberto Delmanto Junior
Rosangela Maria Negrão
Rui Augusto Martins
Sergio Carvalho de Aguiar Vallim Filho
Sidnei Alzidio Pinto
Umberto Luiz Borges D'Urso
Uriel Carlos Aleixo

Conselheiros Suplentes

Adriana Bertoni Barbieri
Adriana Galvão Moura Abílio
Aecio Limieri de Lima
Aleksander Mendes Zakimi
Alessandro de Oliveira Brecailo
Alexandre Trancho
Aluisio de Fátima Nobre de Jesus
André Simões Louro
Antonio Carlos Roselli
Antonio Elias Sequini
Antonio Jorge Marques
Antonio Ricardo da Silva Barbosa
Aristeu José Marciano
Arlei Rodrigues
Arles Gonçalves Junior
Benedito Alves de Lima Neto
Braz Martins Neto
Cesar Marcos Klouri
Charles Isidoro Gruenberg
Claudio Henrique Bueno Martini
Clemencia Beatriz Wolthers
Coriolano Aurelio de A Camargo Santos
Dirceu Mascarenhas
Domingos Sávio Zainaghi
Douglas José Gianoti
Eder Luiz de Almeida
Edivaldo Mendes da Silva
Eunice Aparecida de Jesus Prudente
Euro Bento Maciel Filho
Fábio Antonio Tavares dos Santos
Fábio Dias Martins
Fábio Guedes Garcia da Silveira
Fábio Mourão Antonio
Fernando Calza de Salles Freire
Flávio Pereira Lima
Francisco Gomes Junior
Frederico Crissiúma de Figueiredo
George Augusto Niaradi
Glaudecir José Passador
Henri Dias
Janaina Conceição Paschoal
José Meirelles Filho
José Nelson Aureliano Menezes Salerno
José Pablo Cortes
José Roberto Manesco
José Vasconcelos
Judileu José da Silva Junior
Julio Cesar da Costa Caires Filho
Katia Boulos
Lucia Maria Bludeni
Luis Cesar Barão
Luis Roberto Mastromauro
Luiz Augusto Rocha de Moraes
Luiz Tadeu de Oliveira Prado
Mairton Lourenço Candido
Marcelo Gatti Reis Lobo
Marcelo Sampaio Soares
Marco Antonio Arantes de Paiva
Marco Antonio Araujo Junior
Marco Aurélio dos Santos Pinto
Marcos Antonio David
Marcus Vinicius Lourenço Gomes
Miguel Angelo Guillen Lopes
Orlando Cesar Muzel Martho
Oscar Alves de Azevedo
Otávio Augusto Rossi Vieira
Otávio Pinto e Silva
Paulo Silas Castro de Oliveira
Pedro Paulo Wendel Gasparini
Rene Paschoal Liberatore
Ricardo Galante Andreetta
Roberto de Souza Araujo
Sidney Levorato
Silvio Cesar Oranges
Tallulah Kobayashi de Andrade Carvalho

Valter Tavares
Vinicius Alberto Bovo
Vitor Hugo das Dores Freitas
William Nagib Filho
Wudson Menezes Ribeiro

Membros Natos

Antonio Claudio Mariz De Oliveira
Carlos Miguel Castex Aidar
José Eduardo Loureiro
José Roberto Batochio
João Roberto Egydio De Piza Fontes
Marcio Thomaz Bastos
Mario Sergio Duarte Garcia
Rubens Approbato Machado

Conselheiros Federais Efetivos

Guilherme Octavio Batochio
Luiz Flavio Borges D'Urso
Marcia Regina Approbato Machado Melaré

Conselheiros Federais Suplentes

Aloísio Lacerda Medeiros
Arnoldo Wald Filho
Marcio Kayatt

Diretoria

Diretor
Rubens Approbato Machado

Vice-Diretor
Braz Martins Neto

Assessora Especial da Diretoria
Helena Maria Diniz

Coordenadora Geral
Ana Vieira

Conselho Curador

Presidente
Roberto Delmanto Junior

Vice-Presidente
Laerte Soares

Secretária
Lúcia Maria Bludeni

Conselheiros

Horácio Bernardes Neto
Fábio Guedes Garcia da Silveira
Moira Virginia Huggard-Caine

Representantes *do Corpo Docente*

Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho
Joung Won Kim
Sérgio Henrique Pardal Bacellar Freudenthal

Representante *de Curso de Especialização Lato Sensu*

Luiz Antonio Rizzato Nunes

Representante *dos alunos*

Lino Eduardo Araujo Pinto



Sumário

<i>Diretoria</i>	02
<i>Conselho Seccional</i>	03
<i>Conselho Curador</i>	04
<i>Editorial</i>	05
<i>Apresentação</i>	06
<i>Sobre a Revista</i>	177

Artigos

10



Paula Johns

Direito e o Controle do Tabaco

76



Raimundo Simão de Melo

Direito a ambientes de trabalho livres da fumaça do tabaco como direito fundamental dos trabalhadores

114



Renata Domingues Balbino M. Soares

O novo paradigma do tabaco: do "senso comum teórico" ao contexto científico.

14

Cristiane Galhardo Ferreira Vianna, Mirta Alejandrina Molinari, Gustavo Sônia Parodi,

Uma perspectiva jurídica para proteção das políticas de saúde pública para o controle do tabaco da interferência da indústria do fumo

cigarro padronizadas no Brasil: aspectos constitucionais a partir do exemplo australiano

88

Luiz Felipe Siegert Schuch

O papel do Judiciário no controle do tabagismo no Brasil: reflexões para além do outubro rosa

22

Adriana Carvalho, Kátia Fernandes

A judicialização das políticas públicas de controle do tabaco

124

Fernando Gama de Miranda Netto, Stela Tannure Leal, Thiago Serrano Pinheiro de Souza

Responsabilidade civil em virtude de doenças associadas ao tabagismo: presunção de causalidade e redução do estandar da prova

36

Luís Renato Vedovato

O Comércio Internacional, a Proteção à Saúde e a Convenção-quadro sobre Controle do uso do tabaco no Brasil

138

João Lopes Guimarães Júnior

Responsabilidade Civil dos Fabricantes de Cigarros

44

Mônica Andreis, Jaqueline Scholz Issa

Livre arbítrio e o consumo de cigarros e outros produtos de tabaco

150

Margaret Matos de Carvalho

As condições de trabalho na fumicultura

52

Cristiano Soares Barroso Maia

A Resolução no 14/2012 da ANVISA entre o libertarianismo e o liberalismo

158

Amanda Flávio de Oliveira, Walter José Faiad de Moura

É preciso proteger o fumante de si mesmo?

60

Adalberto Pasqualotto

A proibição da publicidade de tabaco no Brasil: com a palavra o STF

166

Fernanda Alonso, Oscar A. Cabrera

Fortaleciendo el control de tabaco en América Latina mediante el uso de los derechos humanos

66

Fernanda Nunes Barbosa

Constitucionalidade das embalagens de

Expediente

Revista



Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP

Nº 17. (Inverno - 2014)

São Paulo: OAB/SP, 2014.

Conselho Editorial

Rubens Approbato Machado

Ana Vieira

Laerte Idalino Marzagão Júnior

Rizzatto Nunes

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Coordenador de Editoração

Adriana Pereira de Carvalho

Luis Renato Vedovato

Colaboradores

Bruno Moraes

Roseleine Scalabrini França

Thiago Gomes dos Santos

Marina Hungria

Jornalista Responsável

Santamaria Nogueira Silveira

Fale Conosco

Largo da Pólvora, 141 ,
Sobreloja - Liberdade

(11) 3346 6800

www.esaoabsp.edu.br
revista@esa.oabsp.org.br

Publicação Trimestral

ISSN - 2175 - 4462.

Direito - Periódicos. Ordem dos Advogados do Brasil

A luta *pela saúde*

"Tobacco epidemic death toll: 100 million dead in the 20th century Currently 5.4 million deaths every year Unless urgent action is taken: By 2030, there will be more than 8 million deaths every year By 2030, more than 80% of tobacco deaths will be in developing countries One billion estimated deaths during the 21st century Reversing this entirely preventable epidemic must now rank as a top priority for public health and for political leaders in every country of the world."

Margaret Chan

Diretora Geral da Organização Mundial da Saúde¹

A Convenção Quadro de Controle do Tabaco (CQCT) é um avanço na proteção dos direitos fundamentais, pois enfatiza o direito social à saúde. A Organização Mundial da Saúde elegeu para ser o primeiro tratado multilateral patrocinado por ela envolvendo direitos a CQCT, destacando a importância do controle do tabaco na efetivação dos direitos humanos, em especial o direito fundamental à saúde. Sua construção se deu no formato de convenção-quadro, que é um tipo de tratado internacional em que os Estados-Partes estruturam grandes molduras normativas², no entanto, vale dizer que a grande maioria dos textos doutrinários a respeito da terminologia dos tratados entende que não se deve levar em consideração o nome que lhes é dado, o que importa, na verdade, é o conteúdo da convenção³.

CQCT foi aberta a assinaturas em junho 2003, em Genebra. A ONU foi definida como depositária das cartas de ratificações, ficando determinado que ela

receberia os documentos em sua sede de Nova York, no período compreendido entre 30 de junho de 2003 e 29 de Junho de 2004, e também aceitaria assinaturas nesse período.

Hoje, ela não mais comporta assinaturas, tendo alcançado 178 signatários, incluindo a Comunidade Europeia, o que a torna um dos tratados mais amplamente adotados na história das Nações Unidas. Os Estados que assinaram a Convenção concordaram em se empenhar, de boa-fé, a ratificar, aceitar, ou aprová-la, e mostrar o compromisso político de não prejudicar os objetivos nela definidos.

É necessário lembrar que a Convenção abriu a possibilidade para que os países que desejam se tornar parte, mas que não assinaram a Convenção até 29 de junho de 2004, possam fazê-lo por meio de adesão, o que, na prática, pode ser tido como equivalente a um processo de ratificação.

Ela entrou em vigor em 27 de Fevereiro de 2005, exatamente noventa dias depois de quarenta Estados terem depositado os seus respectivos documentos de ratificação, adesão ou aprovação, nomenclatura que depende da Constituição de cada membro, conforme determinado pelo art. 36, parágrafo 1º, do

¹ Cf. WHO Report on the Global Tobacco Epidemic, 2008: The MPOWER package, p. 3. Em tradução livre: O preço da epidemia de Tabaco no mundo: 100 milhões de mortos no século XX. Atualmente 5,4 milhões de mortes acontecerão todos os anos se nada for feito. Por volta de 2030, haverá mais de 8 milhões de mortes por ano, sendo que 80% dessas mortes acontecerá em países em desenvolvimento. Um bilhão de mortes são estimadas para o século XXI. Reverter essa epidemia totalmente evitável deve ser prioridade para saúde pública e para os líderes políticos em todos os países do mundo.

² Decreto nº 5.658/2006, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5658.htm.

³ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público* - Curso Elementar. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35.

Tratado. A partir dessa data, as Partes passaram a ser legalmente vinculadas às disposições do Tratado. Para as organizações regionais de integração econômica, a Convenção entra em vigor no nonagésimo dia seguinte à data do depósito do seu instrumento de confirmação formal ou adesão. Nessa última hipótese, amolda-se a União Europeia, uma das signatárias da Convenção.

Foi um longo período de negociações, e nele, a Convenção-Quadro da OMS permitiu a criação e o desenvolvimento de uma grande rede global, que será, segundo a própria OMS, relevante para implementação das políticas públicas saudáveis necessárias para controle do uso do tabaco⁴.

Segundo declarou Jong-Wook Lee⁵, Diretor-Geral da OMS, em 2005, as negociações da CQCT pela OMS teriam desencadeado um processo que resultou em diferenças internas visíveis nos países parte. Lee ressalta ainda que o sucesso da Convenção-Quadro da OMS como uma ferramenta para a saúde pública depende do empenho político e da energia que é dedicada à sua aplicação nos próximos anos, concluindo que ganhos globais serão alcançados se houver um resultado positivo na implementação da Convenção.

Também deve se destacar que, invariavelmente, ao se discutir o controle do tabaco, é necessário destacar que há vários dados que informam sobre os males causados pelo tabaco. Assim, a partir de tais dados deve ser tomada a decisão jurídico-normativa específica, pois o diálogo entre realidade e direito deve constantemente ser buscado.

O tabaco se diferencia, dessa maneira, dos demais produtos – e isso deve ficar claro – pelo seu uso, o

qual não traz margem segura.

Logo, é apropriado identificar que o consumo do tabaco tem que passar por restrições não apenas absolutas, como exigem os males por ele causados às pessoas que dele se utilizam, mas também restrições relativas, tendo-se em vista as consequências trazidas a quem se encontra no mesmo ambiente em que existem pessoas utilizando o tabaco.

Nesse sentido, busca-se fazer o debate dos vários pontos atinentes ao uso, comercialização e produção do tabaco na sociedade moderna, passando pelo pensamento de vários autores de renome concretizados de forma sintética na presente publicação.

Para tanto, são trazidos textos sobre a grande gama de aspectos que podem ser estudados sobre o controle do tabaco. De plano, debate-se a temática do comércio internacional e a proteção à saúde, no primeiro artigo. Depois, o debate parte para uma “perspectiva jurídica para proteção das políticas de saúde pública para o controle do tabaco da interferência da indústria do fumo” (artigo 5.3, da CQCT), desenvolvido com grande precisão e brilhantismo por Mirta Alejandrina Molinari, Gustavo Sónora Parodi, Cristiane Galhardo Ferreira Vianna, que possuem tanto o conhecimento científico sobre o tema quanto a vivência prática no controle do tabaco.

Também na esteira de unir teoria e prática, no artigo sobre a “Judicialização das políticas públicas de controle do tabaco”, as advogadas Adriana Carvalho e Kátia Fernandes, trazem contribuição fundamental para uma visão ampla sobre o tema, com abordagem sobre o Direito comparado e sobre como todas as políticas públicas, comprovadamente eficazes adotadas pelo Brasil em conformidade com a CQCT, encontram-se judicializadas pela indústria do tabaco numa tentativa

4 Sobre promoção de políticas públicas saudáveis, vale conferir o trabalho de Ana Maria Girotti Sperandio, fruto de seu grupo de pesquisa, mantido junto ao Departamento de Medicina Preventiva e Social da UNICAMP.

5 Disponível em: <<http://www.who.int/tobacco>>.

de evitar e/ou postergar o seu cumprimento.

Outra forma de judicialização das políticas públicas acontece na arena de disputas internacionais através da utilização de acordos de livre comércio como argumento contrário as medidas de saúde pública, e é desse tema que o professor Luis Renato Vedovato, coordenador dessa edição, trata em seu artigo intitulado "O comércio internacional, a proteção à saúde e a Convenção Quadro sobre o Controle do Uso do Tabaco no Brasil".

A questão da dependência causada pelo principal ingrediente dos produtos de tabaco, a nicotina, e sua capacidade de causar dependência química, comportamental e psicológica, é tratado pela psicóloga Mônica Andreis e a cardiologista Jaqueline Issa, especialista em tratamento do tabagismo, no artigo "Livre arbítrio e o consumo de cigarros e outros produtos de tabaco", que ataca exatamente o principal argumento dos que erroneamente defendem que o controle do tabaco violaria a liberdade individual, quando, na verdade, acontece o contrário, trazendo para o leitor a perspectiva das maiores vítimas do tabagismo, aqueles usuários que não conseguem largar o tabaco e que, na maioria das vezes, já desenvolveu uma das dezenas de doenças associadas ao uso do tabaco. A questão do tratamento da dependência é tratado no artigo 14 da CQCT.

A questão da proibição dos aditivos nos cigarros, tratada nos artigos 9 e 10, da CQCT, é tema do artigo do Advogado da União Cristiano Soares Barroso, intitulado "A Resolução no 14/2012 da ANVISA entre o libertarianismo e o liberalismo", o qual encara os desafios da nova regulação da ANVISA sobre o tema.

Adalberto Pasqualotto traz elementos fundamentais para se entender a situação atual da publicidade

de tabaco no Brasil (artigo 13, da CQCT), com seu importante artigo "A proibição da publicidade de tabaco no Brasil: com a palavra o STF", no qual escancara brilhantemente os desafios dessa temática.

Fernanda Nunes Barbosa, em texto profundo e crítico, traz informações fundamentais para o debate constitucional, no seu artigo "Constitucionalidade das embalagens de cigarro padronizadas no Brasil: aspectos constitucionais a partir do exemplo australiano", é um trabalho brilhante de direito comparado, com elementos que podem ser replicados no Brasil.

Pensando sempre na proteção do trabalhador, Raimundo Simão de Melo expressa, de forma bastante interessante, com escrita cativante, as suas preocupações concernentes ao direito do trabalho, no seu artigo "Direito a ambientes de trabalho livres da fumaça do tabaco como direito fundamental dos trabalhadores" (artigo 8º, da CQCT).

No campo da responsabilidade civil (artigo 19, da CQCT) há vários artigos interessantes. No artigo "O papel do Judiciário no Controle do Tabagismo no Brasil: Reflexões para Além do Outubro Rosa", Luiz Felipe Siegert Schuch indica quais os passos necessários para avançarmos no controle do tabaco no Brasil, também com uma pena de destaque e clareza ímpar. Renata Domingues Balbino Munhoz Soares, de maneira instigante, traz para reflexão o seu artigo "O novo paradigma do tabaco: do 'senso comum teórico' ao contexto científico", que contribui e muito para o crescimento acadêmico e prático na área.

Ainda no campo da responsabilidade civil, dois artigos brilhantes se destacam na revista, o de autoria coletiva de Fernando Gama de Miranda Netto, Thiago Serrano Pinheiro de Souza e Stela Tannure Leal, que retrata a responsabilidade por conta das doenças vinculadas

ao tabagismos, no artigo "Responsabilidade civil em virtude de doenças associadas ao tabagismo: presunção de causalidade e redução do estândar da prova". E o artigo de autoria de João Lopes Guimarães Júnior, que descortina a questão, afastando todas as dúvidas sobre a temática, no artigo "Responsabilidade Civil dos Fabricantes de Cigarros". Ambos de suma relevância para a atuação acadêmica e prática.

Em seu artigo, a procuradora do trabalho Margaret Matos de Carvalho relata com muita clareza e detalhe as condições de trabalho na fumicultura (artigo 17, da CQCT), com base em denúncias recebidas e apuradas pelo Ministério Público do Trabalho do Paraná sobre as relações de trabalho entre agricultores familiares e empresas de tabaco.

Por fim, numa visão interdisciplinar, que, apesar de permear todos os artigos, está claramente visível no trabalho de Amanda Flávio e Walter Moura, no trabalho que encerra a edição com o título "É preciso proteger o fumante de si mesmo?", que promete trazer elementos centrais para a atuação legislativa e judicial.

Como se percebe, a construção normativa, tanto interna quanto internacional, tem relevante importância na obra aqui apresentada, pois representa incremento das ações sobre controle do tabaco.

A Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco (CQCT) é elemento importante na construção normativa internacional sobre o tabaco, restringindo, direta e indiretamente, o consumo do tabaco. Tanto no tocante ao direito civil, responsabilidade civil, aspectos trabalhistas, constitucionais, de publicidade, de embalagem, direitos humanos, direito internacional e todos aqueles que daí se desdobram. Tendo claros desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, o trabalho aqui desenvolvido tem como objetivos trazer a lume os vários aspectos relativos ao controle do tabaco, promoção da saúde e direito. Espero que todos tenham satisfação idêntica a que tivemos ao ler os artigos que compõem essa edição.



Adriana Carvalho

Advogada e Coordenadora Jurídica da Aliança de Controle do Tabagismo. Especialista em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Fellow no Global Tobacco Control Leadership Program / Johns Hopkins University of Public Health.



Luís Renato Vedovato

Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNINOVE e Professor Doutor MS3 da UNICAMP

Direito e o *Controle do Tabaco*

Prefácio

"O cigarro é o único produto de consumo que mata metade dos seus consumidores regulares quando utilizado conforme as instruções do fabricante"

Dr. Gro Brundtland



Paula Johns

Diretora executiva da Aliança de Controle do Tabagismo, ex-presidente do conselho diretor da Framework Convention Alliance (FCA), empreendedora social Ashoka. Socióloga, mestre em estudos de desenvolvimento internacional pela Universidade de Roskilde, Dinamarca. Acompanha as reuniões de negociação da Convenção-Quadro e de seus protocolos desde 2000.

Muito oportuna a proposta de reunir uma série de artigos para analisar e refletir sobre as várias vertentes que envolvem o tema Direito e o Controle do Tabaco. Trata-se de tema de grande relevância para saúde pública.

A presente publicação apresenta alguns desafios, na esfera jurídica, para a implementação do primeiro tratado de saúde pública global, a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT), negociado sob os auspícios da Organização Mundial da Saúde (OMS), entre 1999 e 2003.

O objetivo da CQCT é *"proteger as gerações presentes e futuras das devastadoras consequências sanitárias, sociais, ambientais e econômicas geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco, proporcionando uma referência para as medidas de controle do tabaco, [...], a fim de reduzir de maneira contínua e substancial a prevalência do consumo e a exposição à fumaça do tabaco."* O texto do tratado tem uma série de princípios norteadores para guiar a sua implementação e as medidas centrais são divididas em medidas voltadas para redução da demanda (artigos 6º a 14º) e medidas voltadas para a redução da oferta (artigos 15º a 17º). Vale salientar, que no seu preâmbulo, a Convenção manifesta preocupação com a interferência indevida dos interesses econômicos da indústria do tabaco e inclui em suas obrigações gerais um artigo específico (5.3) sobre a questão da transparência e de conflitos de interesse.

"ao estabelecer e implementar suas políticas de saúde pública relativas ao controle do tabaco, as Partes agirão para proteger essas políticas dos interesses comerciais ou outros interesses garantidos para a indústria do tabaco, em conformidade com a legislação nacional."

A primeira grande conexão entre controle do tabaco e direito se dá através da própria CQCT. Mas essa é apenas a introdução de um campo que não se esgota no texto do tratado, que reconhece em seu artigo 2º, item 1, que

"com vistas a melhor proteger a saúde humana, as Partes são estimuladas a implementar medidas que vão além das requeridas pela presente Convenção e de seus protocolos, e nada naqueles instrumentos impedirá que uma Parte imponha exigências mais rígidas, compatíveis com suas disposições internas e conforme ao Direito Internacional."

A CQCT é considerada um marco na história da saúde pública no século XX. Totalmente baseada em evidências, e negociada ao longo de quatro anos por 192 países membros da OMS, surge como uma resposta à globalização da epidemia do tabagismo ao reconhecer que, somente uma ação global coordenada e multissetorial pode dar conta de coibir o avanço de uma verdadeira pandemia causada por um negócio globalizado.

Diferentemente de outros problemas de saúde pública, como as doenças infecciosas, onde os vetores que causam a doença são vírus e bactérias, o vetor da epidemia do tabagismo é uma indústria, a indústria do tabaco.

"The tobacco industry behaves like a corrosive substance that can eat through, or seep through, any crack or fissure in the armour of our defences. Our response must be to seal all these cracks and fissures, one by one, with science and evidence, supported by instruments for applying this

knowledge and backed by the rule of law." (Dr Margaret Chan, diretora geral da OMS em discurso proferido por ocasião da 5ª sessão da Conferência das Partes da CQCT em Seul, Coréia do Sul, novembro 2012)

Os esforços de quatro anos de negociações intensas resultaram numa excelente ferramenta legalmente vinculante para ajudar os Estados Parte do tratado a adotarem um conjunto de medidas regulatórias eficazes para coibir a expansão da epidemia do tabagismo. O sucesso da iniciativa já é realidade em muitos países, inclusive no Brasil, onde alcançamos uma redução na prevalência de fumantes significativa na última década. Embora os avanços devam ser valorizados e comemorados, ainda temos um longo caminho a percorrer.

No universo da responsabilidade civil, ainda existem distorções interpretativas na atual jurisprudência brasileira que merecem análises críticas a luz do nosso ordenamento jurídico e de princípios básicos de direitos fundamentais, esta publicação traz contribuições importantes nesse sentido. Não necessariamente o que sempre foi deverá continuar sempre sendo. Por exemplo, a publicidade de cigarro em todos os meios de comunicação utilizando médicos como garotos propaganda de marcas de cigarro alegando benefícios respiratórios de determinadas marcas, ou utilizando bebes fofinhos pedindo que suas mães curtissem seu cigarrinho já foram veiculadas e consideradas "normais". Hoje isso seria uma verdadeira aberração diante do que se sabe a luz da ciência, não somente em relação aos danos causados pelo tabagismo na saúde, mas também em relação às mentiras propagadas, e já desmascaradas, ao longo de décadas pela indústria do tabaco em relação ao seu produto para evitar um impacto negativo no seu negócio.

Vale ressaltar que o avanço alcançado no Brasil, na regulação de práticas da indústria do tabaco, no âmbito dos poderes Legislativo e Executivo, não vem sendo acompanhados na mesma proporção pelas decisões do Poder Judiciário na esfera da responsabilidade civil.

A ACT conduziu duas pesquisas analisando as ações indenizatórias promovidas contra a indústria do tabaco. A primeira, coordenada pela ex-coordenadora jurídica da ACT, Clarissa Homsy, foi publicada em 2008.¹ A segunda, coordenada pelas advogadas Andrea Lazzarini Salazar e Karina Bozola Grou foi publicada em junho de 2011². A conclusão a que chegamos na realização destas pesquisas foi de que há um descompasso entre o consenso científico global sobre os impactos do tabagismo na saúde e na sociedade como um todo e o que o Judiciário Pátrio tem julgado.

Com o objetivo de ampliar o diálogo entre as áreas do Direito e da Saúde, reunimos várias entidades de ambos os setores e a partir desse encontro surgiu a proposta de realizar o Projeto Diretrizes³, uma iniciativa da Associação Médica Brasileira, que consolida as evidências da área médica aplicadas ao tema tabagismo, com o objetivo de subsidiar o Poder Judiciário com o que se sabe sobre o tabagismo e qual a força da evidência em cada situação associada ao tema, inclusive debruçando-se sobre o conceito de dependência, vício, nexo causal e outras situações sobre as quais os julgadores necessariamente são confrontados nas ações envolvendo vítimas do tabagismo.

Além do observado na análise sobre as decisões judiciais por si só, observamos que o senso comum

1 http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/421_194_117_A-Industria-do-Tabaco-no-Poder-Judiciario.pdf

2 http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/633_publicacao_c_capa_final.pdf

3 <http://www.projetodiretrizes.org.br/diretrizes12/tabagismojudiciario.pdf>

também é permeado por preconceitos em relação aos fumantes. Portanto, para conferir ao debate outros ângulos de visão, produzimos, através de financiamento coletivo, um curta que conta a história do José Carlos Marques Carneiro, uma vítima do tabagismo emblemática, que cedeu sua imagem para as advertências que o Ministério da Saúde obriga a indústria a estampar nos maços de cigarros. José Carlos, teve ambas as pernas amputadas, em função de uma doença causada exclusivamente pelo tabagismo e perdeu uma ação na justiça. O objetivo é questionar o paradigma, no momento preponderante, de que a indústria não deve ser responsabilizada pelas consequências do consumo do produto que coloca no mercado.⁴

Outro tema que precisa ser mais disseminado no meio jurídico são sentenças judiciais definitivas, proferidas nos EUA e que condenaram a indústria do tabaco por fraude e formação de quadrilha, desmascarando mais de cinco décadas de mentiras deliberadas da indústria do tabaco para manutenção e expansão dos seus lucros. As empresas que operam no Brasil são as mesmas que foram condenadas em outros países. Para contribuir com esse tema, traduzimos para o português, uma compilação de trechos da histórica sentença proferida em 2006 pela Juíza Gladys Kessler.⁵

A ACT - Aliança de Controle do Tabagismo, Promoção da Saúde e dos Direitos Humanos é uma organização não governamental, originariamente formada durante o processo de negociação da CQCT a partir de uma articulação entre vários profissionais e líderes de organizações cujas áreas de atuação têm alguma interface com algum dos aspectos implicados no controle do tabagismo, foi formalmente

constituída em 2007 como uma organização não governamental. Sua missão é promover e contribuir com a implementação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT) e seus protocolos no Brasil. A ACT coordena ainda uma rede de mais de uma centena de organizações e mais de oitocentos profissionais das mais diversas áreas de atuação, inclusive operadores do direito. A natureza do trabalho desenvolvido pela ACT é multissetorial e multifacetada, o que nos garante um olhar transversal aos desafios intrínsecos as ações necessárias ao cumprimento da Convenção-Quadro . A presente publicação é parte dessa missão e busca contribuir com análises e reflexões acerca das interseções entre o campo da saúde e do direito.

Boa leitura.

Paula Johns

⁴ <http://www.doispesosduasmedidas.org.br/site/>

⁵ http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/98_1209-livro-veredicto-final.pdf

Uma perspectiva jurídica para proteção das políticas de *saúde pública* para o *controle do tabaco* da interferência da *indústria do fumo*

Sumário

Introdução, 1. O contexto de aplicação do artigo 5.3 da CQCT., 2. O diagnóstico para identificar as diversas manifestações de interferência da indústria do tabaco, 3. Uma perspectiva legal para enfrentar a interferência da indústria do tabaco, Conclusão, Referências Bibliográficas

Palavras-chave

Direito à Saúde; Tabagismo – prevenção & controle; Indústria do tabaco; Conflito de Interesses - Legislação & Jurisprudência; Políticas Públicas.



Cristiane Galhardo Ferreira Vianna

Advogada, Pós-Graduada em Direito e Processo Civil e Mestre em Saúde Pública pela Fundação Oswaldo Cruz, onde defendeu a Tese: "A Convenção-Quadro da Organização Mundial da Saúde (CQCT) para o Controle do Tabaco sob a perspectiva do direito à saúde e proteção do trabalhador". Foi colaboradora do Instituto Nacional de Câncer (INCA/MS) de 1998 à 2012.



Mirta Alejandrina Molinari

argentina, é Advogada e Mestre em Direito Ambiental. Começou a trabalhar no controle do tabaco em 1992 em seu país. Em 2001, integrou o Programa "Iniciativa Livre do Tabaco", na sede da Organização Mundial da Saúde, na Suíça. De 2002 à 2007, assessorou o Ministério da Saúde argentino, como parte do Programa Nacional de Controle do Tabaco.



Gustavo Sónora Parodi

Advogado uruguaio com formação em políticas públicas e gênero. Assessor legal para questões de controle do tabaco na União Internacional Contra a Tuberculose e Doenças Pulmonares (The Union) para a América Latina desde 2008. Promove a implementação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT) através de diferentes projetos para priorizar o controle do tabaco na agenda e nas políticas públicas.

Introdução

A Convenção-Quadro da Organização Mundial da Saúde para o Controle do Tabaco (doravante denominada CQCT) manifesta preocupação com as práticas desleais da indústria do fumo, no sentido de “minar ou desvirtuar as atividades de controle do tabaco” e insere, entre suas obrigações gerais (artigo 5.3), a seguinte redação:

“Ao estabelecer e implementar suas políticas de saúde pública relativas ao controle do tabaco, as Partes agirão para proteger essas políticas dos interesses comerciais ou outros interesses garantidos para a indústria do tabaco, em conformidade com a legislação nacional¹.”

Ainda no preâmbulo, os Estados Partes reconheceram “a necessidade de manter a vigilância ante qualquer tentativa da indústria do tabaco de minar ou desvirtuar as atividades de controle do tabaco, bem como a necessidade de manterem-se informadas sobre as atuações da indústria do tabaco que afetem negativamente às atividades de controle do tabaco¹.”

Dentro do conjunto das ações necessárias para o cumprimento dos objetivos estabelecidos neste tratado internacional de saúde pública, o artigo 5.3 da CQCT tem destaque e sua aplicação é uma medida-chave e transversal à toda Convenção.

A preocupação com a proteção das políticas de saúde pública relativas ao controle de tabaco¹ dos interesses comerciais e outros da indústria do tabaco, além de estar refletida no preâmbulo da própria Convenção, já foi e continua sendo, objeto de pesquisas e análises^{II}, por diversos autores, que abordam as formas de

1 Segundo o artigo 1º, alínea “d” da CQCT, a definição de “controle do tabaco” compreende “um conjunto de estratégias direcionadas à redução da oferta, da demanda e dos danos causados pelo tabaco, com o objetivo de melhorar a saúde da população, eliminando ou reduzindo o consumo e a exposição à fumaça de produtos de tabaco”.

interferência utilizadas pelas indústrias fumageiras². Também foi incluída em declarações internacionais, como na “Declaração Política da Reunião de Alto Nível da Assembléia Geral das Nações Unidas sobre a Prevenção e o Controle das Doenças Não Transmissíveis”^{III} que se realizou em Nova York³. Vários atores internacionais - governamentais e não-governamentais, reiteram sobre o “conflito fundamental e irreconciliável entre os interesses da indústria do tabaco e os interesses da política de saúde pública”.⁴ Considerando que essa interferência pode afetar as fases mais cruciais de uma política pública de controle do tabaco - a partir da elaboração do projeto da legislação, no debate legislativo no Congresso até a implementação da lei, este tema merece especial atenção por parte dos Estados Parte do Tratado. Também é importante considerá-la durante o período de avaliação da legislação, já que permitirá reforçar as medidas tomadas ou até retificá-las, se necessário.

No entanto, apesar desses antecedentes arrolados demonstrarem que a interferência da indústria do tabaco afeta diferentes níveis do desenvolvimento de uma política pública para o controle do tabaco, esta ainda não teve como contrapartida um avanço significativo por parte dos Estados Partes do Tratado⁵ e ⁶, que para detê-la poderiam invocar a aplicação do art. 5.3 da CQCT.

Em seguida, são apresentadas possíveis formas para advertir, prevenir e punir a interferência indevida da

2 O “Manual para desenvolver legislação para o controle do tabaco na Região das Américas” cita tais pesquisas na página 153.

3 Os Estados Partes da Assembléia Geral das Nações Unidas aprovaram em 16 de setembro de 2011, uma Declaração Política sobre prevenção e controle das doenças não transmissíveis, onde no § 38º eles reconheceram o conflito fundamental de interesses entre a indústria do tabaco e a saúde pública.

4 Nos princípios norteadores das Diretrizes para implementação do artigo 5.3 da CQCT, o princípio 1º estabelece que: “existe um conflito fundamental e irreconciliável entre os interesses da indústria do tabaco e os interesses da política de saúde pública”.

5 O Manual citado na nota acima nº 4 afirma: “...em outubro de 2012, pouco progresso foi vislumbrado na região em relação à proteção das políticas de controle do tabaco ante a interferência da indústria do tabaco”. (pág. 134).

6 Como o Brasil ratificou o tratado através do Decreto nº 5.658/06, é mandatório o cumprimento das obrigações nele previstas.

indústria do tabaco, a fim de proteger as políticas de saúde pública dos interesses comerciais e/ outros da indústria do fumo.

1. O contexto de aplicação do artigo 5.3 da CQCT.

Como sentido de conhecer o marco contextual necessário para uma análise posterior, serão apresentados por meio de questões preliminares: o objetivo geral da Convenção-Quadro, o objetivo específico do artigo 5.3 e estabelecer um conceito do termo “interferência da indústria do tabaco”.

Nesta ordem, transcrevemos o objetivo constante do artigo 3º do tratado: “O objetivo da presente Convenção e de seus protocolos é proteger as gerações presentes e futuras das devastadoras conseqüências sanitárias, sociais, ambientais e econômicas geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco...”⁷ proporcionando um marco para as medidas de controle de tabaco. A intenção é, então, a implementação de medidas que visem a proteção do direito à saúde^{8, V, VI, VII, VIII}.

O objetivo específico do artigo 5.3 da CQCT e de suas Diretrizes para implementação^{IV} é a proteção das políticas de controle do tabaco “dos interesses comerciais ou outros interesses” da indústria do tabaco⁹ e de outros grupos e indivíduos que representem seus interesses.

7 O artigo 3º da CQCT estabelece o objetivo do tratado.

8 O Prêambulo da CQCT menciona tratados de Direitos Humanos com a finalidade de assistir e dirigir a aplicação de medidas de controle do tabaco até a plena realização do direito à saúde: o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, especialmente seu artigo 12, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, pelo qual se declara que toda pessoa tem direito de gozar o mais elevado nível de saúde física e mental; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, adotada pela Assembléia Geral da ONU em 18 de dezembro de 1979 e a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989. Neste sentido, especial ênfase deve ser dada para as particularidades do direito à saúde em relação ao gênero e à infância.

9 Segundo o artigo 1º, alínea “e” da CQCT, a definição de “indústria do tabaco” compreende o conjunto de fabricantes, distribuidores atacadistas e importadores de produtos de tabaco.

Não existe uma definição específica para o termo “interferência da indústria do tabaco”, nem na CQCT, nem nas Diretrizes para implementação do artigo 5.3. Essa definição pode ser inferida por meio de manifestações encontradas em textos diversos sobre o tema. Este aspecto é importante na concepção ou implementação do quadro legal que permite definir ações para alertar, prevenir e, eventualmente, punir a interferência da indústria do tabaco.

Para auxiliar nesta tarefa, a União Internacional Contra a Tuberculose e Doenças Pulmonares (The Union) desenvolveu um manual que resume os 4 passos fundamentais para enfrentar esta questão^{10, IX}.

2. O diagnóstico para identificar as diversas manifestações de interferência da indústria do tabaco

Nas diversas manifestações de interferência da indústria do tabaco¹¹, sob uma perspectiva legal, destacam-se as ações de “resistir, obstruir, minar e sabotar” leis e políticas.

Ao referir-se à indústria do tabaco deve ser considerado que, além da definição prevista na CQCT, as Diretrizes para implementação do art.5.3 dispõe no §11º que “as medidas recomendadas visam à proteção contra interferência, não só da indústria do tabaco, mas também, quando apropriado, das organizações e indivíduos que trabalham para promover os interesses da indústria do tabaco”.^{12, X}

10 *FCTC Article 5.3 Toolkit Guidance for Governments on Preventing Tobacco Industry Interference*. O manual está acessível em inglês e espanhol e em breve será disponibilizado em português.

11 O Manual para desenvolver legislação para o controle do tabaco na Região das Américas menciona táticas e estratégias utilizadas pela indústria do tabaco e que foram divulgadas pela Organização Mundial da Saúde (pág.133).

12 Como exemplo, podemos citar uma investigação conduzida por Mary Assunta, onde uma forma de interferência foi relatada em que os produtores de tabaco foram mobilizados para a 4ª

Para realizar um exercício de diagnóstico, sugere-se delimitar por “busca de informações e fatos” e “avaliação da situação”, e a partir de então poderá ser possível determinar se há ou não presença de interferência, se uma ação da indústria do tabaco ou de seus aliados tem, pelo menos, como um dos objetivos: o de resistir, obstruir, enfraquecer ou sabotar algumas das medidas de controle do tabaco, em qualquer de suas fases de desenvolvimento. Se sim, estas podem ser consideradas como ações de interferência e, portanto, devem ser advertidas, impedidas e eventualmente punidas.

conformação interpretativa da CQCT como um tratado internacional de direitos humanos subscrito pelo Brasil é de uma hierarquia supralegal, sendo a Convenção entendida e colocada em patamar supranacional no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir da entrada em vigor do tratado que se deu 27 de fevereiro de 2005¹³ e sua respectiva vigência, o cumprimento das obrigações da CQCT e de suas diretrizes¹⁴ passa a ser de caráter mandatório para seus Estados Partes.

A norma mais adequada à matéria será ditada pela lei que estabelece o marco jurídico nacional e internacional (CQCT e suas diretrizes, por exemplo) e nas áreas de proteção de direitos humanos em geral¹⁵ e^{WII} e do direito à saúde em particular, assim como aquelas que tem como objetivo o controle da função pública com base nos princípios da transparência, imparcialidade, prestação de contas e de combate à corrupção.

Em seguida, é necessário analisar o direito tutelado que será lesionado pela ação da interferência, e em seguida, invocar a norma jurídica que será aplicada ao caso concreto com as possíveis conseqüências legais. De fato, as ações realizadas pela indústria fumageira e por seus aliados que tendem a resistir, obstruir, enfraquecer ou sabotar as leis e políticas para o controle do tabaco acarretarão um atraso no cumprimento dos objetivos do Tratado, e, conseqüentemente, as medidas para cumprir com a proteção do direito à saúde também serão postergadas por uma Parte. É possível a coexistência de normas legais mutuamente compatíveis, a fim de proporcionar uma aplicação eficaz para o artigo 5.3 da CQCT.

Pedimos vênua para citar novamente Vedovato: “A conjugação de normatividade interna e internacional é fundamental para que seja possível aplicar a Convenção de forma plena. Por isso, tanto o envolvimento interno, quanto o internacional são necessários para o desenvolvimento de políticas públicas e a reconfiguração do ordenamento jurídico, inclusive com alterações na interpretação^{XIII}.” E mais adiante destacamos “...não há necessidade

3. Uma perspectiva legal para enfrentar a interferência da indústria do tabaco

Segundo o Professor Luís Renato Vedovato^{XI}, a

Conferência das Partes que se realizou em Punta del Este/Uruguai.

13 O artigo 36 §1º da CQCT estabeleceu o prazo para entrada em vigor.

14 O artigo 5.4 da CQCT estabelece: “As Partes cooperarão na formulação de medidas, procedimentos e diretrizes propostos para a implementação da Convenção e dos protocolos aos quais tenham aderido.”

15 Em um trabalho realizado pelos autores Oscar Cabrera e Alejandro Madrazo, os mesmos destacaram: “Some of the requirements under the FCTC seem geared to ensure that States respect the right to health by not participating in the spread of the tobacco epidemic. For instance, States are obligated to shield tobacco control policies from tobacco industry influence (Article 5.3). This obligation is meant to prevent States from becoming an instrument of the tobacco industry to promote tobacco consumption. The Parties to the FCTC thus impose upon themselves an obligation to prevent themselves from failing to respect the right to health of its citizens”.

de se aprovar, no Poder Legislativo, o ato para que se concretize a diretriz internacional no cenário interno. O órgão administrativo interno pode, assim, no exercício de sua capacidade normativa, criar a regulamentação necessária para o controle mais efetivo do tabaco, que se fortalece com a aplicação interna das diretrizes e normas internacionais, pois a diretriz internacional é apenas a explicitação da interpretação internacional do texto do tratado¹³.” Logo, a ausência de uma regulamentação específica para o artigo 5.3 da CQCT no cenário nacional não deve ser um fator limitante, quando normas jurídicas nacionais e internacionais podem ser aplicadas, como as já vistas anteriormente. A possibilidade de buscar, paralelamente, uma regulamentação específica para este artigo é plenamente viável. No entanto, ao se fazer isso, deve-se ter cautela para que as disposições estabelecidas não limitem direitos e obrigações já vigentes, e que seu objetivo seja o de proporcionar maior precisão à aspectos específicos (como por exemplo: tipificação de condutas e sanções) que estejam relacionados com a indústria do tabaco e que se conectem com a obrigação do Estado^{16 e XIV} em implementar medidas com o objetivo de tutelar as políticas de saúde pública relativas ao controle do tabaco. Finalmente, o conceito pode ser resumido em: não regulamentar a interferência da indústria do tabaco significa atrasar o pleno exercício do

direito à saúde e sua inércia acarretará em adoecimentos e mortes.

O Brasil, por exemplo, implementou o artigo 5.3, através de uma Portaria do Ministério da Saúde que estabeleceu Diretrizes Éticas aplicáveis aos membros da Comissão Nacional para Implementação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco e de seus Protocolos (CONICQ).^{17 e XV} Esta medida pode ser considerada como um ponto de partida, mas se faz necessário ampliar o escopo de aplicabilidade de tais Diretrizes Éticas à outras instituições e esferas governamentais – como Legislativo, Executivo, e Judiciário - que tem um papel na concepção, definição e implementação de políticas de controle do tabaco - e que de alguma forma podem ser sensíveis à interferência indevida da indústria do tabaco.

Vale destacar ainda, que um outro passo fundamental a ser tomado pelo Estado, refere-se a ter um bloco institucional coerente, isso significa que toda a esfera governamental agirá com plena consciência e com a mesma atitude e postura em casos de interferência da indústria do tabaco^{18,19,20}. O controle do tabaco

17 O Ministério da Saúde é o Presidente da Comissão Nacional para Implementação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (CONICQ), criada por Decreto em 01 de agosto de 2003. Esta Comissão é composta por representantes de 18 Órgãos Federais e Ministérios, e sua missão é o assessoramento ao governo brasileiro nas decisões relativas à formulação, implementação e avaliação de agenda governamental intersetorial, contendo estratégias, planos, programas e políticas para o cumprimento das obrigações previstas na CQCT.

18 O artigo 5º da CQCT estabelece a necessidade de aplicar planos e programas nacionais multisetoriais integrais de controle do tabaco, assim como estabelecer ou reforçar e financiar mecanismo de coordenação nacional ou pontos focais para controle do tabaco.

19 Além da CONICQ (Comissão Interministerial citada na nota de rodapé xx), foi criada pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, que também integra a CONICQ, a Câmara Setorial da Cadeia Produtiva de Tabaco. Como se extrai das atas da referida Câmara, a sua composição provavelmente está associada à defesa dos interesses da indústria do tabaco, já que representantes da ABIFUMO - Associação Brasileira da Indústria de Fumo, SINDITABACO - Sindicato Interestadual da Indústria do Tabaco, dentre outros, participam ativamente desta Câmara. De acordo com a ata da 42ª reunião da Câmara, realizada em 27/11/2013, dentre diversos pontos e relatos, destacamos o acompanhamento dos projetos de lei de interesse da cadeia produtiva do tabaco em trâmite no Congresso Nacional e nesta reunião o grupo temático propôs inovar e buscar soluções com o apoio de Deputados Federais. Para a íntegra da ata da reunião, acesse: http://www.agricultura.gov.br/arq_editor/file/camaras_setoriais/Tabaco/42RO/Ata_42RO_Tabaco.pdf

20 O Deputado Alceu Moreira - PMDB/RS foi o autor do Requerimento nº 540/2014, na Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento Desenv. Rural da Câmara dos Deputados, cujo objetivo era a realização de encontros na região sul do país para debater a posição do Brasil na 6ª COP e a atuação da Anvisa em relação à cadeia produtiva do tabaco. O Encontro da Comissão ocorreu no dia 9/5/2014 e reuniu mais de três mil produtores em defesa da produção de tabaco. Para maiores detalhes, acesse: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=573D6F43DC81F5BB4210E891BB92CE23.proposicoesWeb1?codteor=1236305&filename=REQ+540/2014+CAPADR <http://www.camara.leg.br/internet/ordemdodia/ordemDetalheReuniaoCom.asp?codReuniao=35902> <http://www.alceumoreira.com.br/noticias/?id=387&tipo=0#>

16 Em relação a este ponto deve se considerar o art.3º §1º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (citado no preâmbulo da CQCT) e Comentário Geral 3 "A natureza das obrigações dos Estados Partes".

e sua Convenção internacional, a CQCT, por sua transversalidade de matérias, introduz outros atores institucionais para abogarem de um assunto que outrora, seria eminentemente exclusivo da área da saúde e gera novos conflitos de interesses. O Estado deve estar preparado para enfrentar as novas formas de interferência da indústria do tabaco em outros setores, não restritos ao Ministério da Saúde. O risco de não ter um bloco institucional coeso agregará mais força à interferência da indústria do tabaco e portanto é de se presumir que essas ações debilitem as políticas de controle do tabaco. O interesse público constitucional de tutelar a moralidade, a transparência, a isonomia e a segurança jurídica para assegurar que a política nacional de controle do tabaco seja implementada numa atmosfera livre de pressões deve prevalecer no âmbito da Administração Pública, afim de evitar situações nas quais interesses contrários aos objetivos do controle do tabagismo possam afetar as atividades desenvolvidas para esse fim. Nesse sentido, é recomendável o estrito cumprimento do artigo 5.3 da CQCT, de suas diretrizes de implementação e das normas internas já editadas sobre a matéria (como o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal¹⁶, o Decreto nº 4.334 de 12 de agosto de 2002¹⁷ que trata das audiências concedidas a particulares por agentes públicos, a Portaria nº 713 de 17 de abril de 2012¹⁵ do Ministério da Saúde que estabeleceu Diretrizes Éticas aplicáveis aos membros da CONICQ e o Código de Ética da Agência Nacional de Vigilância Sanitária¹⁸ - ANVISA) e no caso de inobservância das mesmas, se faz necessário reforçar o controle e criar mecanismos de fortalecimento para implementação das medidas.

Conclusão

O objeto protegido pelo artigo 5.3 da CQCT e por suas Diretrizes são as políticas de controle do tabaco. Os Estados Partes do Tratado, incluindo o Brasil, devem assegurar que as mesmas sejam implementadas numa esfera livre da interferência indevida da indústria do tabaco ou daqueles que trabalham para promover seus interesses.

É então fundamental e imperativo ter uma atuação coordenada da sociedade em geral e em especial dos operadores do Direito na defesa da proteção do direito à saúde, através da cobrança da aplicação das normas legais relativas ao cumprimento das obrigações internacionais de direitos humanos em geral e, especialmente, da Convenção-Quadro da Organização Mundial da Saúde para o Controle do Tabaco.

Referências bibliográficas

I Brasil. Decreto nº 5.658, 02 jan. 2006. **Promulga a Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco**. Diário Oficial da União 3 jan. 2006. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5658.htm

II **Organización Panamericana de la Salud. Manual para desarrollar legislación para el control del tabaco en la Región de las Américas. Washington DC, 2013.** Disponível em: http://cursos.campusvirtualesp.org/pluginfile.php/44126/mod_resource/content/3/Manual%20OPS%20Medidas%20Legislacion%20tabaquismo%20mayo%202013.pdf

III **Declaração Política sobre Prevenção e Controle das Doenças Não Transmissíveis.** Washington DC, 2011. Disponível em

<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/66/L.1>

IV Brasil. **Ministério da Saúde. Instituto Nacional de Câncer. Tradução das Diretrizes para implementação do artigo 5.3 da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco.** Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/observatorio_controle_tabaco/site/home/convencao_quadro/documentos_publicacoes

V Assembléia Geral das Nações Unidas. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais**

e Culturais - art. 12. 16 de dezembro de 1966.

VI **Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre o Direito à Saúde, 2000, Observação Geral nº 14** - O direito ao mais elevado nível de saúde.

VII Assembléia Geral das Nações Unidas. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres.** 18 de dezembro de 1979.

VIII Brasil. **Decreto nº 99.710, 21 nov. 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança.** Diário Oficial da União 22 nov. 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm

IX **FCTC Article 5.3 Toolkit. Guidance for Governments on Preventing Tobacco Industry Interference, International Union Against Tuberculosis and Lung Disease (The Union), 2012.** Disponível em: www.theunion.org/what-we-do/publications/english/pubtc_factsheets-set.pdf

X **Tobacco industry's ITGA fights FCTC implementation in the Uruguay negotiations. Research Paper, Tobacco Control, 2012.** Disponível em: <http://tobaccocontrol.bmj.com/content/21/6/563.short>

XI Sperandio Ana Maria Girotti, Vedovato Luís Renato, Sperandio Henrique Raimundo do Carmo. **Ambientes livres de tabaco no Brasil como expressão dos**

direitos sociais no contexto da promoção à saúde. Revista Direito Mackenzie. v. 5, n. 1, p. 67-81. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/download/4744/3649>

XII Cabrera Oscar, Madrazo Alejandro. **Human Rights as a tool for tobacco control in Latin America.** Instituto Nacional de Salud Pública de México. 2010, Vol. 52 - Suplemento 2.

XIII Vedovato Luís Renato, Vedovato Tatiana Giovanelli, Sperandio Ana Maria Girotti. **O papel do direito internacional na legislação interna sobre o controle do tabaco.** RDisan, São Paulo. Nov.2012/ Fev.2013. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/56247/59457>

XIV **Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre o Direito à Saúde, 2000, Observação Geral nº 3 - Obrigações dos Estados-Partes.** (§ 1º do art 2º do Pacto).

XV Brasil. **Portaria do Ministério da Saúde nº 713, de 17 de abril de 2012. Diário Oficial da União, Brasília, 18 abril 2012.** Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/d3033e804eb68a4da137b3f11fae00ee/Portaria+n%C2%BA+713-2012+GM-MS+-+Diretrizes+%C3%A9ticas+da+CONICQ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d3033e804eb68a4da137b3f11fae00ee>

XVI Brasil. **Decreto nº 1.171, 22 jun. 1994. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm

XVII Brasil. **Decreto nº 4.334, 12 ago. 2002. Dispõe sobre as audiências concedidas a particulares por agentes públicos em exercício na Administração Pública Federal direta, nas autarquias e fundações públicas federais.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4334.htm

XVIII BRASIL. ANVISA. **Agência Nacional de Vigilância Sanitária.** Resolução RDC nº 141/2003, de 30 de maio de 2003 – Estabelece o Código de Ética da ANVISA. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/520240804cf25c03bcc0be551355428f/C%C3%B3digo%2Bde%2B%C3%89tica%2Bda%2BANvisa.pdf?MOD=AJPERES>

A judicialização *de políticas públicas* de controle do tabaco

Sumário

Introdução, 1. Ações judiciais sobre o controle do tabagismo em outros países, 2. Ações judiciais sobre o controle do tabagismo no Brasil, 3. Convenção Quadro para o Controle do Tabaco, 4. O controle do tabagismo no Brasil e a judicialização, Conclusão, Referências Bibliográficas

Palavra- chave

Políticas públicas de controle do tabagismo no Brasil. Publicidade de cigarros. Fumo passivo. Advertências sanitárias. Aditivos. Lei 9.294/1996. RDC 14/2011, da ANVISA. Judicialização no Brasil e em outros países. Convenção Quadro para o Controle do Tabaco.



Adriana Carvalho

Advogada e Coordenadora Jurídica da Aliança de Controle do Tabagismo, com especialização em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Fellow no Global Tobacco Control Leadership Program / Johns Hopkins University of Public Health.



Kátia Fernandes

Advogada da Aliança de Controle do Tabagismo, bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, pós graduanda em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus.

Introdução

As políticas públicas adotadas pelo Brasil para o controle do tabagismo têm apresentado resultados positivos no âmbito da saúde pública, colocando o país como referência de sucesso para redução de mortes por tabagismo em países de baixa e média renda. A prevalência do consumo de tabaco caiu 46% entre 1989 e 2010, o que impediu a morte de quase 420.000 pessoas no mesmo período¹.

Dentre as medidas, destacam-se as advertências sanitárias a partir de 1988, o aumento de impostos sobre produtos fumígenos a partir de 1990, e o advento da lei 9.294/1996², com medidas para restringir o fumo em locais fechados e a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco (conforme preceitua o artigo 220, § 4º da Constituição Federal), conforme artigos 2º e 3º.

Contudo, novas e atualizadas políticas públicas ainda podem ser adotadas para a redução da prevalência. Embora tenha sido reduzido o número de fumantes no país, pois em 2006 representavam 15,7% da população acima de 18 anos, passando para 11,3% em 2013, traduzindo-se para números absolutos, verifica-se que ainda há no Brasil cerca de 20 milhões de fumantes³.

1 Levy D, de Almeida LM, Szklo A (2012) The Brazil SimSmoke Policy Simulation Model: The Effect of Strong Tobacco Control Policies on Smoking Prevalence and Smoking-Attributable Deaths in a Middle Income Nation. *PLoS Med* 9(11): e1001336. doi:10.1371/journal.pmed.1001336 Esta pesquisa revela que a redução na prevalência deve-se: 48% ao aumento de preços e impostos sobre os cigarros, 14% a restrições ao fumo em locais fechados, 8% às imagens e cláusulas de advertências, 6% a campanhas e 10% por programas de tratamento para a cessação.

2 Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal.

3 VIGITEL 2013 – Vigilância de Fatores de Risco e Proteção para Doenças Crônicas por

É dever do Estado proporcionar à população um ambiente desfavorável ao tabagismo, para o consumo e iniciação ao consumo, como por meio da proibição da publicidade e do fumo em locais fechados, para reduzir a promoção e a aceitação social do cigarro⁴.

Assim, ao implementar essas medidas, o Estado cumpre seu dever constitucional previsto no artigo 196, da Carta Magna, e o compromisso assumido ao assinar e ratificar a Convenção Quadro para o Controle do Tabaco, primeiro tratado internacional de saúde pública e referência para medidas de controle do tabaco a serem implementadas pelos países signatários.

Ocorre que a redução do consumo e da iniciação ao tabagismo afeta interesses comerciais de um setor econômico, pela consequente redução do número de atuais e futuros consumidores, e da aceitação social do tabagismo. Como consequência, todas as medidas consideradas efetivas para a saúde pública no controle do tabagismo têm sido objeto de questionamentos judiciais em nível nacional e internacional.

1. Ações Judiciais sobre o controle do tabagismo em outros países

A estratégia orquestrada pelas multinacionais do tabaco é questionar as políticas de controle do tabagismo no Judiciário dos países que as adotam⁵.

A proibição ou restrição da publicidade de tabaco já foi objeto de litígio no Uruguai, Colômbia, África do Sul e Reino Unido, com decisões de suas Cortes

Inquérito Telefônico, do Ministério da Saúde. <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2014/abril/30/Lancamento-Vigitel-28-04-ok.pdf> Acessado em 25/05/2014.

4 O tabagismo não é só uma questão individual, é também uma questão social e de saúde pública. Estudo intitulado Carga das Doenças Tabaco Relacionadas para o Brasil, analisou os gastos do país com doenças relacionadas ao tabaco, e concluiu que o custo total atribuível ao tabagismo para o sistema de saúde no Brasil foi de quase R\$ 21 bilhões, enquanto que no mesmo período a indústria do tabaco recolheu a título de tributos federais cerca de R\$ 6 bilhões. Este mesmo estudo identificou mais de 130 mil mortes por ano atribuíveis ao tabagismo no Brasil.

5 As multinacionais do tabaco, cujos faturamentos superam o produto interno bruto de muitos países, têm se utilizado também de foros internacionais para questionar governos que adotam medidas de controle do tabagismo. É o caso do Uruguai, questionado pela Philip Morris perante o Banco Mundial pela adoção de advertências sanitárias, e da Austrália, cuja adoção de embalagem genérica para produtos de tabaco é questionada na UNCITRAL – *United Nations Commission on International Trade Law* (Comissão de Comércio Internacional da ONU) pela mesma empresa.

Constitucionais pela constitucionalidade das medidas. Leis antifumo foram objeto de ações no Peru, Guatemala e México, também consideradas constitucionais pelas respectivas Cortes Constitucionais.

Outros temas já tratados pela Corte mais alta de outros países são: advertências sanitárias (Uruguai), proibição da venda de cigarro picado (Colômbia) e adoção de embalagem genérica (Austrália), sempre com vitória da saúde pública.

Assim, relevante se faz observar o Direito comparado, pois há farta jurisprudência no campo internacional como referência para a validade de políticas públicas de controle do tabaco⁶ e para conhecimento de estratégias adotadas pela indústria do tabaco para a expansão do seu negócio em detrimento da saúde pública, consumidores e governos.

É o caso da decisão da Suprema Corte da Colômbia⁷, que julgou constitucional a proibição da propaganda comercial de cigarros, *"demonstrando que o controle da publicidade do tabaco vincula-se à questão da liberdade de comércio e não à liberdade de expressão, que é direito fundamental da pessoa. Essa diferenciação(...) é de fundamental importância, pois abre a possibilidade de rigoroso controle, que pode chegar mesmo à proibição total da publicidade sem que se possa alegar ofensa à liberdade de expressão"*.⁸

proferida pela juíza Gladys Kessler, confirmada pela Corte de Apelação, condenou nove tabaqueiras por violação à legislação que trata de Influência Mafiosa e Organizações Corruptas (the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act – RICO). A decisão baseou-se em depoimentos, inclusive de executivos da indústria do tabaco, e em milhares de documentos secretos que revelam como a indústria do tabaco vem, há mais de 50 anos, agindo coordenadamente, em nível mundial, para confundir e enganar a opinião pública e governos⁹.

Da mesma forma, relevante é o conhecimento do Master Settlement Agreement¹⁰, o maior acordo realizado em uma ação cível nos Estados Unidos, pelo qual empresas de tabaco concordaram em mudar seus métodos de propaganda e marketing, ressarcir estados americanos das despesas médicas com o tratamento de fumantes, financiar campanhas antitabagismo e revelar documentos secretos da indústria.

*"Em 1998, o Master Settlement Agreement, que encerrou um litígio judicial envolvendo 46 Estados da federação norte-americana e a indústria do tabaco, determinou o pagamento por esta de uma indenização de 250 bilhões de dólares, bem como a publicação de milhares de documentos, mantidos em segredo durante cinco decênios. Eles passaram a constituir a Legacy Tobacco Documents Library."*¹¹

A histórica decisão judicial norte americana, de 2006,

6 Para acesso à íntegra de decisões judiciais: <http://www.actbr.org.br/biblioteca/acoes-judiciais>

7 Para acesso à íntegra da decisão: http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/629_Colombia_CorteConstitucional_venda_cigarros.pdf

8 DALLARI, Dalmo de Abreu. O Controle do Uso do Tabaco: Necessidade Social e Possibilidade Jurídica. Revista de Direito Sanitário. v. 13, n. 3, p. 90-97 Nov.2012/Fev.2013.

9 A sentença original pode ser encontrada em: http://actbr.org.br/uploads/conteudo/175_sentencaKessleroriginal.pdf A decisão da Corte de Apelação, de 22 de maio de 2009, pode ser encontrada em: http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/237_apelacaosentecaKessleroriginal.pdf

10 Para acesso à íntegra: http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/174_MSAgreement.pdf

11 COMPARATO, Fábio Konder. *A Civilização Capitalista*. pág. 279. São Paulo. Saraiva, 2013.

2. Ações Judiciais sobre o controle do tabagismo no Brasil

No Brasil, além da judicialização de políticas públicas, o Poder Judiciário também tem se deparado com conflitos que envolvem a responsabilidade civil pelos danos causados pela atividade empresarial de fabricantes de cigarros, ou por seu produto, ajuizadas por vítimas e familiares, Ministério Público¹² e associações, como a ADESF – Associação de Defesa da Saúde do Fumante¹³.

Interessante notar que ao mesmo tempo em que estas empresas questionam judicialmente políticas públicas, fazem uso das mesmas como argumento para se isentar da responsabilidade civil, como é o caso da alegação de que as advertências constantes nos maços seriam suficientes para informar sobre os males do tabagismo.

“Já há inúmeras decisões judiciais que começam a servir de paradigma para o controle do tabagismo no Brasil, mas o cenário está longe de estar definido. Uma visão ampla desses litígios pode contribuir para soluções judiciais mais próximas dos princípios constitucionais de proteção à vida e à saúde das pessoas. (...)É preciso que os magistrados tenham uma visão mais ampla dos litígios envolvendo a indústria do tabaco de forma a perceber que há uma estratégia de, por um lado, contestar judicialmente as medidas de saúde pública e, por outro, utilizar-se delas para evitar sua responsabilização. Sem uma visão

geral e ampla da situação, qualquer julgamento resultará injusto.”¹⁴

Além de uma ampla visão dos litígios envolvendo a indústria do tabaco, nacional e internacionalmente, os julgadores devem orientar-se pela Constituição Federal, Convenção Quadro para o Controle do Tabaco e a lei 9294/96, regulamentada pelo decreto 2018/96, bem como pelas normas da ANVISA e as evidências científicas¹⁵, para decidir de forma fundamentada, desprendida do senso comum, o futuro de políticas públicas de controle do tabaco no Brasil.

No presente artigo, abordaremos as ações propostas pelo setor econômico, com a provocação do Poder Judiciário brasileiro para o controle constitucional ou legal das seguintes políticas de controle do tabagismo adotadas pela Administração Pública:

- Proteção contra o fumo passivo
- Restrição à propaganda comercial
- Advertências sanitárias
- Proibição do uso de aditivos nos cigarros

Nestas ações, como se verá, o argumento econômico, os supostos prejuízos à indústria do tabaco e a alegada violação à livre iniciativa e à liberdade¹⁶ pautam as manifestações.

14 HOMSI, Clarissa Menezes. As Ações Judiciais Envolvendo o Tabagismo e seu Controle. HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 48.

15 Publicação coordenada pela Associação Médica Brasileira “Evidências Científicas sobre Tabagismo para Subsídio ao Poder Judiciário” – 2013.

16 “De fato, a regulação não vem para violar a liberdade, mas para garantir que ela possa ser exercida, especialmente por aquele que sofre a opressão do poder econômico. Dando interpretação sistemática ao texto constitucional que não pode ser analisado em partes.

A opressão pode ser também identificada sobre aquele que deseja parar de fumar, mas se vê envolto em publicidade incentivadora do consumo da substância danosa a sua saúde.

O Estado, por determinação constitucional, precisa agir para proteger a liberdade e a saúde do povo brasileiro, tendo esse significado a regulação. O discurso da liberdade versus o controle estatal não se ‘adequa’ mais à época atual, na qual a complexidade social e a evolução dos direitos exigem posturas compatíveis com a proteção do indivíduo.

Quando os defensores desses setores econômicos falam em liberdade, estão, na verdade, defendendo a liberdade das corporações de agirem da forma como querem para alcançar seus objetivos, unicamente financeiros. Ao falar em liberdade individual, confundem a opinião pública, pois o consumidor só terá liberdade se tiver informação adequada e eficiente.” HOMSI, Clarissa Menezes. & VEDOVATO. Luís Renato. in “A regulação como garantia da liberdade”. Publicado no informativo Migalhas, em 25/03/2011.

12 O Ministério Público ajuizou ações civis públicas contra duas fabricantes de cigarros para (i) indenizar o ressarcimento dos cofres públicos, de fumantes, ex-fumantes e fumantes passivos: Processos nº 0206840-92.2007.8.26.0100 e 0206839-10.2007.8.26.0100, em trâmite, respectivamente, nas 41ª e 7ª Varas Cíveis do Foro Central de São Paulo, bem como para (ii) proibir práticas de publicidade abusivas e enganosas: Processos nº 583.00.2009.220957, 583.00.2009.226270-4 e 583.00.1995.523167-5, os dois primeiros em trâmite na 34ª Vara Cível e o terceiro em trâmite na 19ª Vara Cível, todas no Foro Central de São Paulo.

13 Processo nº 583.00.1995.523167-5, em trâmite na 19ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo.

3. Convenção Quadro para o Controle do Tabaco

Da sua redação original até o presente, a lei 9.294/96 sofreu modificações, em sua maioria em favor da saúde pública, pelas novas evidências científicas sobre os malefícios do tabagismo e tabagismo passivo, e pela ratificação pelo Brasil da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco - CQCT, introduzida em nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto 5.658/2006.

A CQCT tem o objetivo de proteger as gerações presentes e futuras das consequências sanitárias, sociais, ambientais e econômicas geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco, para reduzir a prevalência do consumo e a exposição à fumaça do tabaco.

Dentre as principais medidas previstas na CQCT destacam-se a proteção de todos, fumantes e não fumantes, contra a exposição à fumaça do tabaco; o aumento de preços e impostos para reduzir a demanda e dificultar o acesso; a proibição da publicidade, promoção e patrocínio, para que não haja incentivo ao consumo; a proibição do uso de aditivos, como menta e cravo; e o uso de imagens e mensagens de advertências. Alguns artigos da CQCT, como os artigos 8º e 13º, possuem Diretrizes¹⁷ para colaborar na sua implementação.

O Preâmbulo é parte integrante do tratado e contém os alicerces que fundamentam a sua existência, destacando-se os seguintes trechos:

"Reconhecendo que a propagação da epidemia do tabagismo é um problema global com sérias consequências para a saúde pública (...)

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 (...)

Seramente preocupadas com o impacto de todos os tipos de publicidade, promoção e patrocínio destinados a estimular o uso de produtos de tabaco (...)"

O tabagismo, assim considerado o ato de fumar, é considerado pela Organização Mundial da Saúde a primeira causa de morte evitável no mundo. A pandemia do tabaco matou 100 milhões de pessoas no século 20. São mais 5,4 milhões de pessoas mortas por ano por câncer de pulmão, infartos e outras doenças decorrentes do uso do tabaco.

¹⁷ A Conferência das Partes - COP é o órgão deliberativo sobre a CQCT, formado pelos países que ratificaram o tratado. Tem a função de tomar decisões necessárias para a efetiva implementação do tratado, por meio de Diretrizes e Protocolos. Até o momento, já foram realizadas 5 COPs, e aprovadas as seguintes Diretrizes: Diretrizes para o artigo 8º: adoção de ambientes fechados livres de fumo; Diretrizes para o artigo 5.3: proteção das políticas de saúde dos interesses da indústria do tabaco; Diretrizes para o artigo 11: embalagem e etiquetagem; Diretrizes para o artigo 13: publicidade, promoção e patrocínio; e Diretrizes para os artigos 9º e 10: regulamentação do conteúdo e de informações sobre produtos de tabaco.

O tabagismo é causa e agravante de inúmeras doenças. De acordo com a literatura médica, sintetizada nas Diretrizes sobre Tabagismo elaboradas pela Associação Médica Brasileira¹⁸, existem mais de 50 doenças relacionadas ao tabagismo, atingindo os aparelhos respiratório, cardiovascular, digestivo, e outros.

O tabagismo é também uma doença: está incluído na Décima Revisão de Classificação Internacional de Doenças (CID-10), no grupo dos transtornos mentais e de comportamento decorrentes do uso de substância psicoativa.

A nicotina, presente na folha do tabaco, é uma substância psicoativa, que leva à dependência¹⁹, afetando o livre arbítrio, o que reforça a necessidade de políticas de prevenção ao tabagismo.

4. O controle do tabagismo e a judicialização

4.1 Proteção contra exposição à fumaça do tabaco

A) Políticas públicas

A fumaça do tabaco é agente carcinógeno em humanos. Ao menos 250 de seus constituintes são comprovadamente tóxicos, como o monóxido de carbono e a amônia, e ao menos 50 são

comprovadamente cancerígenos, como 2-naftilamina, 4-aminobifenil, benzeno e polônio-210 (radioativo).

O tabagismo passivo é a terceira causa evitável de mortes no mundo. No Brasil, 7 pessoas morrem por dia pela exposição à fumaça do tabaco em residências.

A legislação no Brasil tem avançado para a proteção contra o fumo passivo, que representa risco ocupacional em qualquer local de trabalho, principalmente bares e restaurantes.

O artigo 2º, da lei 9294/96, introduziu as primeiras restrições ao fumo em locais fechados, embora insuficientes para efetiva proteção contra o fumo passivo, por permitir o chamado fumódromo, assim entendido como a área destinada exclusivamente ao ato de fumar, "*devidamente isolada e com arejamento conveniente*".

De acordo com o artigo 8º, da CQCT, e com as Diretrizes para sua implementação, que resultam do consenso científico e melhores práticas, todos devem ser protegidos contra o fumo passivo, e medidas eficazes para essa proteção requerem a eliminação do ato de fumar e da fumaça em locais fechados de trabalho, lugares públicos fechados, etc. Não há níveis seguros de exposição à fumaça do tabaco, e soluções como arejamento, ventilação e exaustão são ineficientes para eliminar os riscos do fumo passivo.

Dada a desatualização da lei federal frente à CQCT, pela permissão dos fumódromos, e a inércia dos poderes Legislativo e Executivo federais em

18 Para acesso à íntegra: <http://www.projetodiretrizes.org.br/ans/diretrizes/tabagismo.pdf> Acessado em 16/05/2014

19 Tais impactos e a dependência à nicotina estão reconhecidos por diversas formas, a começar pela Convenção Quadro para o Controle do Tabaco, que em seu preâmbulo reconhece "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". "A nicotina é um alcaloide (substância orgânica nitrogenada existente nas plantas e em alguns fungos), encontrado nas folhas do tabaco (*Nicotiana tabacum*), planta originária das Américas. Absorvida por via oral ou pulmonar, chega ao cérebro em segundos e depois, dissolvida no sangue, vai sendo excretada rapidamente. Quando os neurônios percebem que ela está escapando dos receptores, provocam um grau de ansiedade que só quem foi fumante sabe o que representa. É a crise de abstinência. Entre as mais de 4.700 substâncias nocivas presentes no cigarro, a nicotina é a responsável pela dependência, que é maior do que a de drogas como a cocaína e a heroína. As primeiras tragadas que o indivíduo dá na vida, em geral, são acompanhadas de tontura, enjoo, mal-estar. Depois, trazem sensação de prazer fugidivo e, a seguir, alterações de humor causadas pela privação da droga. Assim, cigarro após cigarro, o organismo do fumante e também o do não fumante que convive no mesmo ambiente vai sendo minado e a saúde dos dois acaba seriamente comprometida." in <http://drauziovarella.com.br/dependencia-quimica/nicotina> Acessado em 02/06/2014

aprovar nova norma, a partir de 2008, oito estados brasileiros²⁰ aprovaram leis próprias ampliando a proteção prevista no artigo 2º, da lei federal, para promover ambientes 100% livres do tabaco.

O Brasil, conseqüentemente, obteve resultados positivos com estas leis estaduais, chamadas “leis antifumo”, como melhora na qualidade do ar em bares e restaurantes, e melhora na saúde de garçons, fumantes e não fumantes²¹.

Em 2011, foi aprovada lei federal para eliminar o fumódromo, e o fumo passou a ser proibido em “recinto coletivo fechado, privado ou público”, conforme artigo 49, da lei 12.456/2011, que alterou o artigo 2º, da lei 9294/96.

A efetividade desta alteração, porém, dependeu de regulamentação do Poder Executivo, que somente o fez após mais de dois anos, por meio do Decreto 8.262/2014, que representa um avanço na proteção contra o fumo passivo, adequando a legislação nacional ao artigo 8º, da CQCT.

B) Judicialização

Três das leis estaduais antifumo são objeto de ações diretas de inconstitucionalidade que tramitam no Supremo Tribunal Federal²².

Os demandantes alegam a inconstitucionalidade formal e material de referidas leis.

A inconstitucionalidade formal estaria na violação ao artigo 24, da Constituição Federal, pois a competência concorrente na elaboração de normas impediria que

leis estaduais ampliassem a proteção à saúde das pessoas expostas ao fumo passivo, para não permitir os fumódromos.

A inconstitucionalidade material estaria na violação à liberdade individual, à livre iniciativa e à livre concorrência, alegando-se prejuízos econômicos ao setor da hospitalidade pela proibição do fumo em locais fechados.

Parecer da Procuradoria Geral da República defende a constitucionalidade das leis, pois a permissão de fumódromos prevista na lei 9.294/96 estaria revogada pelo artigo 8º, da CQCT, e estaria em desacordo com o direito à saúde garantido na Constituição Federal.

Entidades defensoras das leis estaduais, como a Fundação Ary Frauzino para Pesquisa e Controle do Câncer, Confederação Nacional dos Trabalhadores em Turismo e Hospitalidade - CONTRATUH, e a Associação de Controle do Tabagismo, Saúde e Direitos Humanos – ACT, já foram admitidas como *amicus curiae* em algumas ações.

“Os entes estaduais, ao editarem as leis, estão legitimados pela competência imprópria que lhes outorga a Constituição através da combinação do quanto previsto nos artigos 196 (direito à saúde), 23, II e VI (competência material), e 24, VII (competência legislativa). (...)”

Pode-se aferir a constitucionalidade material a partir do princípio da proporcionalidade, já que a proibição do fumo em ambientes fechados é a medida adequada ao fim buscado: proteger as pessoas da exposição ao fumo passivo e reduzir o número de doenças, incapacidade e mortes daí decorrentes é a medida necessária,

20 São Paulo, Rio de Janeiro, Paraná, Paraíba, Amazonas, Rondônia, Roraima e Mato Grosso.

21 http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/769_ALT.pdf http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/628_fact_sheet_leis_antifumo.pdf

22 A saber: lei paulista 13.541/2009 – ADIn 4249, promovida pela Confederação Nacional do Turismo - CNTUR; lei fluminense 5.517/2009 – ADIn 4306, ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio - CNC; e lei paranaense 16.239/2009 – ADIn 4351 e 4153, promovidas pela CNTUR e CNC, respectivamente.

posto que não existe outra menos gravosa que lhe cumpra a função por não haver sistema de ventilação ou isolamento capaz de reduzir os riscos da exposição à fumaça do tabaco; é, finalmente, medida proporcional em sentido estrito, pois não há proibição ao fumo, apenas regulamentação ao ato de fumar e o que se ganha em termos de proteção à vida e à saúde é imensamente superior à restrição sofrida pela livre iniciativa, princípio constitucionalmente subordinado à valorização do trabalho e à defesa do consumidor e do meio ambiente.”²³

Nenhuma liminar foi concedida pelo STF, e aguarda-se o julgamento destas ações. Enquanto isso, decisões locais têm reconhecido a validade destas leis, com destaque para o acórdão²⁴ da 7ª Câmara de Direito Público, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que manteve a sentença, para reconhecer que a lei antifumo paulista está em consonância com a CQCT, e que o Estado agiu na sua competência legislativa outorgada na Constituição Federal, tratando-se de *"preciosa iniciativa que atuou em proteção ao direito e à vida, saúde e meio ambiente equilibrado que, propugnados pela referida lei, seguem a máxima da ampla proteção aos direitos fundamentais."*

4.2 Restrição à propaganda comercial de cigarros e produtos afins

A) Políticas públicas

No Brasil, a restrição à propaganda de tabaco surgiu com a Constituição Federal de 1988, artigo 220, §4º, regulamentado pelo artigo 3º, da lei 9294/96. Inicialmente, a restrição referia-se aos horários de veiculação da propaganda comercial de cigarros,

cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em emissoras de rádio e televisão.

O artigo 3º foi alterado pela lei 10.167/2000, para restringir a propaganda comercial a pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda, proibindo-a, portanto, nos meios de comunicação de massa.

Ainda que tenha representado um avanço, a restrição legal ainda permitiu que cigarros e produtos afins ficassem expostos nos pontos de venda ao lado de chicletes, balas e chocolates, produtos destinados ao público infanto-juvenil, juntamente com pôsteres, painéis e cartazes de publicidade daqueles produtos.

Com a ratificação pelo Brasil da CQCT, a lei federal ficou desatualizada. De acordo com o artigo 13, da CQCT, e as Diretrizes para sua implementação, como a publicidade, promoção e patrocínio de tabaco aumentam o seu consumo, as proibições devem ser abrangentes.

Somente com o artigo 49, da lei 12.546/2011, que alterou o artigo 3º, da lei 9.294/96, é que a propaganda comercial passou a ser proibida. Contudo, a lei permite expressamente a exposição de referidos produtos nos locais de vendas, o que impede sua adequação ao artigo 13, da CQCT, e as respectivas Diretrizes.

B) Judicialização

Em 2004, a Confederação Nacional da Indústria – CNI ajuizou ação no STF, a ADIn 3311, questionando a constitucionalidade da proibição da propaganda comercial de cigarros nos meios de comunicação de massa.

²³ HOMSI, Clarissa Menezes. As Ações Judiciais Envolvendo o Tabagismo e seu Controle. HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). *Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 63.

²⁴ Apelação nº990.10.227637-6. Para acesso à íntegra: http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/516_TJSPleiantifumo.PDF

Em suma, argumenta a demandante que empresas são titulares de direitos fundamentais, como o de fazer propaganda, e que o artigo 220, da Constituição Federal, ao dispor sobre a restrição à propaganda de cigarros, teria consagrado tal direito.

A discussão deste tema é importante para a sociedade civil organizada e para a saúde pública. Prova disso é que entidades diversas foram admitidas como *amicus curiae* em defesa da lei, a saber: Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde, a Aliança de Controle do Tabagismo, o Instituto Brasileiro de Política e Defesa do Consumidor – Brasilcon, e o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC.

A CQCT define, no artigo 1º, alínea “c”, que “publicidade e promoção do tabaco” é qualquer forma de comunicação, recomendação ou ação comercial com o objetivo, efeito ou provável efeito de promover, direta ou indiretamente, um produto do tabaco ou o seu consumo. O objetivo da publicidade é, portanto, meramente comercial, não podendo ser inserido, assim, no conceito de liberdade de expressão.

“O direito à propaganda não está inserido no direito à liberdade de expressão, mas no direito à livre iniciativa, como expressão desse direito. E sobre a liberdade de iniciativa sobrepõe-se o direito à saúde, podendo aquela, sofrer restrições que sejam justificáveis. (...)”

Não se trata, evidentemente, de um dispositivo (artigo 220, § 4º da Constituição Federal) que

garanta o direito da indústria do tabaco de fazer publicidade de seu produto. A previsão objetiva, antes ao contrário, restringir essa publicidade. Esse é o único motivo para a sua previsão no texto constitucional.

Interpretação diversa conferiria mais garantia à publicidade de produtos nocivos à saúde do que à publicidade de outros produtos que não têm a mesma nocividade.”²⁵ (inserimos entre parênteses)

O professor Virgílio Afonso da Silva²⁶, em parecer sobre a restrição da publicidade de cigarros e afins, demonstra que, ainda que se considere o direito à propaganda inserido no conceito da liberdade de expressão, é constitucional a proibição total da publicidade daqueles produtos, pois se trata de medida adequada ao fim buscado (redução do consumo e iniciação); necessária, pois não há outra medida com a mesma eficácia; e proporcional, já que a redução do tabagismo e da iniciação ao consumo garantem a realização do direito à saúde e à vida, garantidos constitucionalmente.

4.3 Cláusulas e imagens de advertências sanitárias

A) Políticas públicas

As advertências sanitárias são importantes para desconstruir o apelo ao prazer e para afastar o consumidor do produto e “representam uma das medidas com melhor relação custo-efetividade, tendo em vista que o ônus de sua divulgação é do fabricante, e por se tratar de uma medida reconhecida cientificamente como efetiva para informar toda a sociedade sobre a

²⁵ HOMSI, Clarissa Menezes. *As Ações Judiciais Envolvendo o Tabagismo e seu Controle*. HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 53 e 54.

²⁶ in A Constitucionalidade da Proibição Total da Publicidade de Produtos Derivados do Tabaco. HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 185.

dimensão dos riscos do tabagismo"²⁷.

*"As embalagens fazem parte das estratégias de marketing das empresas para atrair consumidores. (...) as autoridades de saúde pública reconhecem que advertências sanitárias nas embalagens aumentam o entendimento da população sobre a real dimensão dos danos causados pelos produtos do tabaco. Além disso, as advertências podem mudar a imagem dos cigarros e outros derivados do tabaco (...) Para quem fuma um maço por dia, as advertências serão vistas em torno de 7000 vezes ao ano. (...) Estudos mostram que as advertências que geram reações emocionais negativas, como medo e repulsa, agem com maior eficiência para que as pessoas reduzam a frequência e intensidade do consumo, tentem e parem de fumar."*²⁸

Inicialmente, os §§ 2º e 3º, do artigo 3º, da lei 9294/96, determinavam que as propagandas e embalagens de produtos fumígenos deveriam conter mensagens de advertências em uma das laterais dos maços, carteiras ou pacotes comercializados ao consumidor. Com a Medida Provisória 2190-34/2001, tornou-se obrigatório o uso de advertência acompanhada de imagens ou figuras.

Com o artigo 49, da lei 12.546/2011, que alterou o artigo 3º, da lei 9.294/96, para determinar a impressão de texto de advertência adicional ocupando 30% da face frontal nas embalagens, a partir de 2016.

B) Judicialização

A CNI, nos autos da ADIn 331, já referida anteriormente, pretende seja declarada inconstitucional a obrigação do uso de imagens de advertências nas embalagens e peças

²⁷ Publicação do Instituto Nacional do Câncer – INCA – "BRASIL – Advertências Sanitárias nos Produtos de Tabaco – 2009" – pág. 22.

²⁸ Publicação do Instituto Nacional do Câncer – INCA – "BRASIL – Advertências Sanitárias nos Produtos de Tabaco – 2009" – Texto da Introdução.

publicitárias, sob o argumento de que as advertências seriam contrapropaganda e que a ANVISA não teria competência para definir as imagens e mensagens.

As advertências claramente não são contrapropaganda, mas sim informação necessária por parte do Poder Público sobre os males específicos do tabagismo, em atendimento ao direito à informação e à saúde, ao artigo 31, do Código de Defesa do Consumidor, e ao artigo 220, §4º, da Constituição Federal. Está-se diante de questão de saúde pública, e o Poder Público não pode ser omissivo.

Um argumento comumente utilizado em ações judiciais pelo setor econômico, para enfraquecer normas da ANVISA que regulamentam produtos derivados do tabaco, é a ausência de competência desta agência para tal regulamentação. Contudo, a lei que criou a ANVISA expressamente lhe confere competência para regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública, dentre os quais os derivados do tabaco.

Além da ação no STF, há ainda pelo menos outras seis ações judiciais que questionam as imagens de advertência determinadas pela ANVISA, sem decisão final, até o momento.

4.4 Proibição de aditivos nos cigarros

A) Política pública

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA editou a Resolução da Diretoria Colegiada - RDC 14/2012, que proibiu o uso de aditivos nos cigarros, como menta

e cravo. Utilizados para mascarar a irritação e o sabor desagradável do tabaco, os aditivos aumentam a sua palatabilidade, induzindo mais pessoas ao tabagismo, em sua maioria crianças e adolescentes.

Essa medida dá cumprimento aos artigos 9 e 10 da CQCT, e das Diretrizes para sua implementação, com previsão para vigorar a partir de setembro de 2013.

B) Judicialização

Contra esta medida, foram ajuizadas ao menos duas ações na Justiça Federal²⁹, e uma ação direta de inconstitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal. É a ADIn 4874, proposta pela Confederação Nacional da Indústria, na qual foi concedida liminar que suspendeu os efeitos da RDC 14/2012, em setembro de 2013.

Em suma, a CNI pretende a declaração de inconstitucionalidade parcial da parte final do inciso XV do artigo 7º³⁰, da lei 9.782/1999 e, por arrastamento, a declaração de inconstitucionalidade da RDC 14/2012.

A petição inicial baseia-se no equivocado argumento de que a RDC 14/2012 determina a “proibição total com caráter abstrato e geral”, e pretende uma interpretação meramente formal do inciso XV, do artigo 7º, descontextualizando a Lei 9.782/1999, cujo objetivo é definir o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária.

Pretendeu a ANVISA, por meio da RDC 14/2012, regular o produto cigarro, que continua sendo permitido. Não houve, portanto, proibição total,

²⁹ Processos nº 0046897-86.2012.4.01.3400, em trâmite na 9ª Vara Federal do Distrito Federal; e 46408-58.2012.4.01.3300, em trâmite na 3ª Vara Federal da Bahia.

³⁰ O mencionado dispositivo dispõe que compete à ANVISA “proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde”.

geral e abstrata. A regulação questionada, qual seja, proibição de alguns aditivos nos cigarros, está perfeitamente respaldada na lei, na CQCT e nas evidências científicas.

De acordo com a Lei 9.782/1999, compete à União (art. 2º), através, dentre outros órgãos, da ANVISA (art. 2º, par. 1º, II), normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde, dentre os quais os derivados do tabaco (art. 8º).

O artigo 8º é claro ao incumbir à ANVISA a regulamentação, controle e fiscalização de produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública, dentre os quais cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco (par. 1º, X).

A regulação desses produtos é necessária, pois se trata de setor que não pode ser controlado apenas pelo mercado haja vista os impactos sanitários, sociais, ambientais e econômicos causados pelo consumo e exposição à fumaça do tabaco, além da dependência à nicotina.

A Advocacia Geral da União, a Procuradoria Geral da República e a Advocacia do Senado Federal apresentaram pareceres³¹ favoráveis à constitucionalidade da RDC 14/2012.

Entidades da sociedade civil e sindicais foram admitidas como *amicus curiae*, como o Sinditabaco – Sindicato Interestadual da Indústria do Tabaco, em apoio à CNI, e outras em apoio à norma da ANVISA, como a AMATA – Associação Mundial Antitabagismo e Antialcolismo e a Aliança de Controle do Tabagismo,

³¹ Para acesso à íntegra: http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/820_ParecerAGU_ADInRDC14ANVISA.PDF, http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/818_ParecerPGR_ADInRDC14ANVISA.PDF

sendo que esta apresentou três pareceres jurídicos para corroborar com a defesa da RDC 14/2012³².

O deslinde desta ADIn pode afetar outros produtos regulados pela ANVISA, como alimentos, agrotóxicos e medicamentos, uma vez que o inciso XV, do artigo 7º, da lei 9.782/1999, aplica-se a todos os produtos regulados pela agência. As consequências da decisão do STF, caso favorável à ADIn, poderão ser desastrosas para a saúde pública da população brasileira.

32 Parecer de Virgílio Afonso da Silva: http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/859_Parecervirgilio.pdf, Parecer de José Augusto Delgado: http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/860_ParecerJoseDelgado.pdf, Parecer de Luís Renato Vedovato: http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/861_ParecerVedovato.pdf

Conclusão

Com a judicialização das políticas públicas, como demonstrado neste artigo, o Poder Judiciário exerce papel fundamental na efetivação do controle do tabagismo no país. Espera-se, assim, que os julgadores tenham uma visão ampla das ações em tramitação no Brasil e no exterior, pois ao mesmo tempo em que a indústria do tabaco questiona judicialmente tais políticas públicas, fazem uso das mesmas como argumento para se isentar da responsabilidade civil.

Além disso, é necessário que os julgadores atentem à garantia dos direitos constitucionais à saúde e à defesa do consumidor, garantindo a aplicação da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco, em oposição às teses e argumentos utilizados pelo setor econômico para a defesa de interesses próprios, que não correspondem aos interesses da sociedade.

Referências bibliográficas

“BRASIL – **Advertências Sanitárias nos Produtos de Tabaco** – 2009” – Publicação do Instituto Nacional do Câncer – INCA http://www.inca.gov.br/tabagismo/publicacoes/brasil_advertencias_sanitarias_nos_produtos_de_tabaco2009b.pdf Acessado em 20/05/2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Civilização Capitalista**. pág. 279. São Paulo. Saraiva, 2013.

CARVALHO, Adriana Pereira de. **O Direito Fundamental a Ambientes de Trabalho Livres do Fumo** in HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Adriana Pereira de. **O Reconhecimento Judicial da Questão Ocupacional do Fumo Passivo – A prevenção e o Adicional de Insalubridade**, in Revista de Direito Sanitário. São Paulo, v. 14, n. 1, p. 133-144, mar./jun. 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. “**O Controle do Uso do Tabaco: Necessidade Social e Possibilidade Jurídica**” in Revista de Direito Sanitário. v. 13, n. 3, p. 90-97 Nov.2012/Fev.2013.

“**Evidências Científicas sobre Tabagismo para Subsídio ao Poder Judiciário**” – 2013 – Projeto Diretrizes da Associação Médica Brasileira – Autores Associação Médica Brasileira, Ministério da Saúde/ Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da

Silva e Aliança de Controle do Tabagismo.

Disponível em <http://www.projetodiretrizes.org.br/diretrizes12/tabagismojudiciario.pdf> Acessado em 20/05/2014

HOMSI, Clarissa Menezes. **As Ações Judiciais Envolvendo o Tabagismo e seu Controle**. HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HOMSI, Clarissa Menezes. “ **A Indústria do Tabaco no Judiciário – Pesquisa sobre Ações Judiciais Indenizatórias promovidas contra a Indústria do Tabaco - Um retrato da posição do Poder Judiciário quanto à relação Fumante – Indústria do Tabaco**” – 2008

Disponível em http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/421_194_117_A-Industria-do-Tabaco-no-Poder-Judiciario.pdf Acessado em 28/05/2014.

INCA – Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva e Comissão Nacional para a Implementação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco e de seus Protocolos – “**Aditivos em Cigarros - Notas Técnicas para Controle do Tabagismo**”. Rio de Janeiro 2011.

Disponível em http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/26aa63804eb68a1fa097b2f11fae00ee/aditivos_cigarros_notas_tecnicas.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=26aa63804eb68a1fa097b2f11fae00ee Acessado em 20/05/2014

“Introductory Report: Decent Work – Safe Work” - Relatório da Organização Internacional do Trabalho – OIT - tradução livre para “Relatório de Introdução: Trabalho Decente – Trabalho Seguro

LAZZARINI, Andrea & GROU, Karina. **“Ações Indenizatórias contra a Indústria do Tabaco: Estudo de Casos e Jurisprudência”** – Junho/2011. Disponível em http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/633_publicacao_c_capa_final.pdf Acessado em 28/05/2014.

Levy D, de Almeida LM, Szklo A (2012). **“The Brazil SimSmoke Policy Simulation Model: The Effect of Strong Tobacco Control Policies on Smoking Prevalence and Smoking-Attributable Deaths in a Middle Income Nation”** in PLoS Med 9(11): e1001336. doi:10.1371/journal.pmed.1001336

Disponível em <http://www.plosmedicine.org/article/info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pmed.1001336> Acessado em 26/05/2014.

WHO REPORT ON THE GLOBAL TOBACCO EPIDEMIC, 2008: The MPOWER package.

Disponível em http://www.who.int/gb/fctc/PDF/cop1/FCTC_COP1_ID7-en.pdf Acessado em 16/05/2014

NEVES, Marcelo. **“Supremo Tribunal Federal Versus Supremo Tabagismo Federal”** in Consultor Jurídico. 19 de abril de 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-abr-19/observatorio-constitucional-supremo-tribunal-federal-versus-supremo-tabagismo-federal>

PINTO. Márcia Teixeira. & RIVIERE. Andrés Pichon. **“Carga das Doenças Tabaco Relacionadas para o Brasil”**, 2012.

Disponível em <http://www.actbr.org.br/>

[uploads/conteudo/741_custos_final.pdf](http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/741_custos_final.pdf) Acessado em 29/05/2014.

Para acesso à íntegra da pesquisa: http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/721_Relatorio_Carga_do_tabagismo_Brasil.pdf

SILVA. Virgílio Afonso da. **“A Constitucionalidade da Proibição Total da Publicidade de Produtos Derivados do Tabaco”** in HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

O Comércio Internacional, *a Proteção à Saúde* e a Convenção-quadro *sobre Controle do uso do tabaco no Brasil*

Sumário

Introdução, 1. O Caso Philip morris vs. Uruguai, 2. A Convenção quadro de controle do tabaco e o direito brasileiro, Conclusão, Referências Bibliográficas

Palavra- chave

Tratados, controle do tabaco, direitos humanos e relações internacionais



Luís Renato Vedovato

Professor do curso de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho. Também é professor doutor na UNICAMP, lecionando na Faculdade de Ciências Aplicadas e no Instituto de Economia. Consultor da Aliança de Controle do Tabagismo.

Introdução

A efetivação das normas sobre controle de tabaco encontram constantemente a barreira daquelas ligadas aos investimentos estrangeiros e ao comércio internacional. Nesse sentido, a interação entre tais dispositivos, especialmente por serem provenientes de fontes internacionais e nacionais, é fundamental para ser concretizada uma interpretação condizente com a proteção dos direitos humanos e com a promoção da saúde.

O objetivo do presente artigo é fazer um retrato do caso paradigmático envolvendo investimento estrangeiro no Uruguai e controle do tabaco, como um exemplo da interação entre as normas desses vários setores, tais como as normas de controle do tabaco, o comércio internacional e as normas sobre investimentos estrangeiros. Além de destacar a relação entre direito internacional e o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse cenário, também por ser o tabaco um produto causador de danos à saúde em qualquer nível de consumo ou exposição, é apropriado identificar que ele tem que passar por restrições não apenas absolutas, como exigem os males por ele causados às pessoas que dele se utilizam (mormente no tocante à publicidade, empacotamento, regulação e informações precisas), mas também restrições relativas, tendo-se em vista as consequências trazidas a quem se encontra no mesmo ambiente em que existem pessoas utilizando o tabaco.

Nesse contexto, a construção normativa, tanto interna quanto internacional, tem relevante importância no incremento das restrições acima especificadas. A normação internacional, construída

por tratados internacionais e demais fontes, é responsável pelos mais recentes diálogos entre fontes do direito¹, pois permite que sejam cotejadas as disposições internacionais com os dispositivos internos. A Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco (CQCT) é elemento importante na construção normativa internacional sobre o tabaco, restringindo, direta e indiretamente, o seu consumo e a sua exposição.

No entanto, as normas sobre investimentos estrangeiros e comércio, também provenientes de fontes internacionais, se interpretadas equivocadamente, podem trazer embaraço à efetivação de direitos fundamentais. Nesse campo, destaca-se a demanda intentada em face do Uruguai.

Destaca-se, de início a obra do Professor Oscar Cabrera sobre a temática do controle do tabaco, em especial a seguinte: Cabrera, Oscar A., and Lawrence O. Gostin. "Global Tobacco Control: A Vital Component of the Right to Health". In *Advancing the Human Right to Health*. London: Oxford University Press, 2013.

1. O Caso Philip morris vs. Uruguai

Uma característica proeminente dos desafios na governança global em saúde é a competência dos Estados para proteger a saúde dos indivíduos localizados em seu território, por meio de legislação e políticas públicas, mesmo no contexto de uma economia de mercado global, que é governada por regimes comerciais bilaterais e multilaterais .

¹ CARVALHO RAMOS, André. O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Lílana Lyra. (Org.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 817.

Embora as nações tenham o direito de regulamentar os produtos importados, como o tabaco, este direito é entendido como limitado por regras da Organização Mundial do Comércio e outros acordos bilaterais e multilaterais. Em princípio, as questões de saúde são protegidas pelo artigo XX (b) do GATT, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio da Organização Mundial do Comércio, que afirma que os acordos comerciais não devem ter um impacto negativo sobre saúde humana.

Nesse cenário, em 2005, a Convenção-Quadro o Controle do Tabaco (CQCT) tornou-se a primeira ferramenta de governança global da saúde, com conteúdo jurídico, tornando-se assim vinculante para os Estados ratificantes. A CQCT tem por objetivos incentivar, fortalecer, facilitar e legitimar a criação e a aplicação da legislação nacional de controle do tabaco.

De fato, é sensível que a relação entre a proteção da saúde e a facilitação do comércio tenha sido marcante na negociação da CQCT, que procurou esclarecer a relação entre governança da saúde e o controle do comércio e dos regimes de investimento.

O caso paradigma desenvolve o diálogo entre comércio e saúde. Em 19 de fevereiro de 2010, a Philip Morris apresentou um processo contra o Uruguai, baseando-se em um Tratado Bilateral de Investimento firmado entre Suíça e Uruguai. A Philip Morris se sentiu prejudicada pelo fato de que o Uruguai, uma das partes na Convenção-Quadro, determinou o aumento da cobertura nos maços de cigarro de imagens de advertência para 80% do tamanho do maço, além de exigir a utilização de embalagens simplificadas, conforme determinação da própria CQCT. Nesse contexto, a Philip Morris defendeu que tais medidas infringiriam seus

direitos de propriedade intelectual, o que, segundo a empresa, tornaria mais difícil o exercício da sua força competitiva no mercado uruguaio.

Porém, o que se busca, com as embalagens simplificadas, é a proteção à saúde. A medida, aplicada a todas as marcas de cigarros, determina limitações ao número de variedades de cigarros da mesma marca, para evitar a percepção de que podem existir cigarros mais ou menos nocivos à saúde carregando o nome da mesma marca.

Importante a consulta à obra de Benn MacGrady sobre o tema intitulada *Implications of Ongoing Trade and Investment Disputes Concerning Tobacco: Philip Morris v. Uruguay*, in *Public Health and Plain Packaging of Cigarettes: Legal Issues 173-199* (Tania Voon, Andrew D. Mitchell & Jonathan Liberman with Glyn Ayres eds., Northampton, Mass.: Edward Elgar 2012).

Os advogados contratados da empresa, em relatório emitido em 23 de julho de 2009, asseveraram que a medida de simplificação da embalagem teria como resultado a criação de um sistema de dois níveis: um que restringiria severamente o uso de marcas e só é aplicável a empresas de tabaco; e uma outra que dá os padrões mínimos de proteção a todos os outros produtos, concluindo que tal tratamento supostamente discriminatório de marcas seria expressamente proibido pelo Acordo TRIPS, que versa sobre propriedade imaterial. Todavia, mesmo o acordo sobre propriedade intelectual, da OMC (TRIPS), não pode superar as normas de proteção à saúde. Além disso, a CQCT impacta na interpretação de todos os acordos internacionais, inclusive os de cunho comercial, indicando a necessidade de enfatizar a proteção à saúde e o controle do tabaco.

É relevante destacar que a chamada plain packaging, ou embalagem padronizada, tornou-se uma questão relevante para a indústria do tabaco, uma vez que países como a Austrália já começaram a adotá-la como uma medida de controle do tabaco bastante efetiva. Assim, preocupa-se a indústria tabaqueira com a possibilidade de perder mercado a partir dessa política pública de saúde.

Por sua vez, os Tratados Bilaterais de Investimento, conhecidos como BIT's, ao contrário dos acordos celebrados no âmbito da Organização Mundial do Comércio, muitas vezes incorporam disposições específicas relativas à propriedade intelectual, igualando a sua proteção à destinada ao investimento estrangeiro.

Em relatório específico sobre propriedade intelectual (Intellectual property provisions in international investment arrangements), datado de 2007, nascido da Conferência da ONU para Comércio e Desenvolvimento, a ONU observa que o impacto de se proteger a propriedade intelectual como incluída na definição de investimento é que isso permitiria ao investidor se socorrer da estrutura de defesa mantida no âmbito da BIT, podendo fornecer base legal a investidores estrangeiros para fundamentar ação contra o país receptor que, por algum motivo, ameaçar a propriedade imaterial.

No caso em tela, no artigo 1º do BIT em questão, é possível encontrar a referência a que o termo investimento inclui os direitos de autor, direitos de propriedade industrial (como patentes de invenções, modelos de utilidade, desenhos ou modelos industriais, marcas comerciais ou de serviços, nomes comerciais, as indicações de proveniência ou denominação de origem).

Assim, a Philip Morris tenta argumentar que a legislação uruguaia excede os limites de tratamento justo e equitativo e aplica medidas injustificadas ou discriminatórias de acordo com o artigo 3º parágrafo 1º do BIT celebrado com a Suíça.

De outra parte, o BIT não resiste à CQCT, que determina, em seus artigos 11 e 13, que os rótulos de advertência de cobertura de pelo menos 30% do pacote de tabaco, e que as etiquetas devem estar em todos os lados (ou seja, devem ser visíveis em todos os lados da embalagem), ressaltando-se que o recomendável é que a cobertura deve ser superior a 50%.

Ao mesmo tempo em que se reconhece qual é a preocupação da indústria, pois, podem ter seus maços totalmente cobertos, é necessário verificar os impactos do produto na saúde humana e as disposições da CQCT para a promoção da saúde.

No âmbito da saúde, no qual se enquadra o controle do tabaco, não há espaço para o debate do investimento estrangeiro. Assim, a saúde global não pode ser afetada por mecanismos de governança fora da área da saúde, devendo, neste caso, ser afastada a intersecção entre saúde e acordos econômicos. Além disso, sabe-se que o espaço político dos governos é de suma importância para a proteção da saúde no ambiente global. Neste ambiente, tendo em vista a proteção aos direitos humanos, é necessário pensar na soberania e no campo da proteção à saúde, demonstrando o poder da CQCT para legitimar a legislação de controle de tabaco no âmbito nacional.

Logo, todos os que possuem algum interesse na governança global da saúde devem seguir o caso Philip Morris contra o Uruguai com interesse para observar

se, e de que forma, o direito internacional de saúde é usado para apoiar as decisões governamentais para proteger a saúde.

Outros casos existem tentando utilizar a mesma lógica, como é a ação em face da Austrália por conta do plain packaging, o que demonstra a preocupação da indústria do tabaco com o alcance da CQCT que, necessariamente, sobrepõe-se às normas de investimentos estrangeiros e às normas de comércio internacional.

2. A Convenção quadro de controle do tabaco e o direito brasileiro

Apesar do debate importante do caso concreto do Uruguai, é necessário discorrer sobre o controle do tabaco no Brasil e os efeitos da ratificação da CQCT para o ordenamento jurídico brasileiro.

A Convenção deve ser entendida como colocada em patamar surpanacional, pois é norma de direitos humanos com evidente interferência na interpretação do direito interno. Tanto é fato que, apesar de forma atrasada, houve alterações na legislação nacional para permitir uma adequação a ela. O exemplo aqui é o da proibição do fumo em ambientes fechados, cristalizado em lei em 2011, porém, pendente de regulamentação até hoje.

Em sendo um tratado, a Convenção segue o regime jurídico dessa fonte do direito. Assim, o ponto mais importante é definir qual a sua hierarquia no ordenamento jurídico interno, depois de incorporada².

Apesar da discussão entre monistas e dualistas³ nos

últimos anos tenha caído no desuso⁴, entende-se que ela é de suma importância⁵ para se compreender exatamente o procedimento para sua revogação, podendo-se, em última análise, até mesmo, dizer-se que, nos países monistas, a desvinculação do país de um tratado internacional é pressuposto para que a norma dele proveniente seja revogada.

Quase que na totalidade das vezes, entra em discussão a possibilidade de violação da soberania do Estado quando se levanta a hipótese de prevalência do tratado sobre a Constituição⁶. Mas, deve-se ter presente que o Direito Internacional tem como principal característica o consentimento, ou seja, nenhum país se vincula, em tese, a um tratado se assim não desejar⁷. Além disso, especificamente no que diz respeito aos direitos fundamentais, a sua internacionalização pode evitar exageros totalitários⁸ ou pressões econômicas internas. Realmente, a internacionalização da proteção dos direitos fundamentais traz benefícios incomensuráveis aos indivíduos, criando mais uma fonte de proteção contra atos ou, como no presente caso, omissões do Estado.

Posicionamentos importantes para o tema devem ser

adequação à teoria monista ou dualista. Parte-se do pressuposto de que é monista. Nesse sentido o meu pensar sobre o caso exposto em VEDOVATO, Luís Renato. *Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Fundamentais*. Campinas: Ed. Impactus, 2008.

4 cf. STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 65: "Jiménez de Aréchaga, por sua vez sustenta que a discussão entre monistas e dualistas não afeta outro ponto, mais essencial para aferir-se a eficácia e validade dos tratados nos ordenamentos internos. Importa mais é analisar a hierarquia que os tratados ocupam nas legislações internas, crucial para definir-se qual das normas prevalece em caso de conflito".

5 Cf. CHAUMONT, Charles. *Cours Général de Droit International Public. Recueil Des Cours*. 1970; 129:333-450, p. 333. Cf. BROWNLEE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4th. ed. Oxford: Clarendon Press, 1990, p. 210.

6 cf. DELBEZ, Louis. *Les Principes Généraux du Droit International Public*. Paris: LGDJ, 1964, p. 85.

7 cf. MALANCZUK, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. 7. ed. London: Routledge, 1998, p. 3.

8 cf. LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos - Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 118: "O valor atribuído à pessoa humana, fundamento dos direitos humanos, é parte integrante da tradição, que se viu rompida com a irrupção do fenômeno totalitário." Cf. também COMPARATO, Fábio Konder. O Papel do Juiz na Efetivação dos Direitos Humanos. In: *Publicação Especial em Comemoração aos 10 anos de Fundação da Associação Juizes para a Democracia. Direitos Humanos - Visões Contemporâneas*. São Paulo: Associação Juizes para a Democracia, 2001, p. 16: "O que importa dizer, antes de mais nada, do sistema de direitos humanos, é que ele representa o principal elemento de integração do direito interno ao direito internacional, representado assim o núcleo pré-constitutivo da mencionada 'sociedade universal do gênero humano'".

2 Cf. BUERGENTHAL, Thomas. Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law. *Recueil Des Cours*. 1992; 235:305-410, p. 316. Cf. Também a análise das fontes do Direito Internacional público em ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. *Manual de Direito Internacional Público*. 16. ed. Casella, Paulo Borba, atualizador. São Paulo: Saraiva, 2008. Cf. também SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

3 Não é objeto do presente trabalho a análise do ordenamento jurídico brasileiro e sua

analisados, principalmente o proferido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, que é o que soa mais forte e vai no sentido de que o Tratado Internacional assume a hierarquia de lei ordinária sendo válida a regra de que lei posterior revoga lei anterior (RE 80.004), tornando possível, assim, que um tratado seja revogado por uma lei ordinária, desde que posterior. Além do posicionamento recente sobre tratados sobre direitos humanos, que teriam hierarquia supralegal.

Importante posição foi tomada recentemente, como explicitado, pelo STF no tocante à hierarquia de tratados internacionais de direitos humanos.

Pela análise do texto da CQCT, há elementos para a classificar como um tratado internacional de direitos humanos, o que se depreende do seu preâmbulo. Logo, a aplicação dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal deve ser levada em conta, além, por óbvio, da hierarquia que daí decorre.

Sendo necessária a lembrança ao julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1- SP, em que o Min. Gilmar Mendes determinou que o “status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação”. Trazendo a ideia de que o tratado de direitos humanos tem hierarquia supralegal.

No mesmo sentido vai Celso Lafer⁹, apesar de se referir apenas aos tratados anteriores à CF/88, defendendo que:

Com efeito, entendo que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores

à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo § 2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados. (grifo do autor).

No seu voto, no HC 87.585-8 – TO, o Min. Celso de Mello, reconhecendo hierarquia materialmente constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos aos quais o Brasil se vinculou:

Após muita reflexão sobre esse tema, e **não obstante** anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496), **inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional** às convenções internacionais de direitos humanos, **reconhecendo**, para efeito de outorga **dessa especial** qualificação jurídica, **tal como observa CELSO LAFER, a existência** de três distintas situações **concernentes** a referidos tratados internacionais [...] (grifo do autor).

Pelo entendimento de Mello, mesmo não tendo sido aprovada pela forma determinada no art. 5º, parágrafo 3º (inserido pela EC 45), a Convenção pode ser entendida como de hierarquia constitucional,

⁹ LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. Barueri: Manole, 2005, p. 15-18.

trazendo efeitos para todo ordenamento interno.

Mas a posição prevalente é a exposta no RE 466.343, determinando à CQCT hierarquia supralegal, posto ter sido aprovada pelo rito congressual simples para os tratados. Apesar disso, o impacto no ordenamento é sensível, devendo todo ser interpretado em consonância com a CQCT, inclusive as normas de investimentos estrangeiros e de comércio internacional, que estariam em patamar hierárquico inferior às normas de direitos humanos.

Conclusão

De fato, a ratificação da CQCT trouxe uma nova conformação interpretativa para as normas internas referentes ao controle do uso do tabaco. Mas, deve-se também fazer essa mesma afirmação para as normas internacionais.

Pode-se explicar isso afirmando que também a interpretação dos tratados internacionais recebe as consequências da celebração da Convenção Quadro de Controle do Tabaco.

Portanto, assim como as normas internas passam a ser interpretadas em conformidade com o tratado, ele também impede que a interpretação relativa ao comércio ou aos investimentos continuem a ser como eram antes da sua entrada em vigor.

O que permite dizer que a razão no caso Philip Morris vs. Uruguai está com a promoção da saúde defendida pelo Estado, além de se concluir que internamente é possível implementar políticas públicas diretamente ligadas à CQCT, como se fosse um poder regulamentar nascido do direito administrativo internacional..

Essas são algumas das várias consequências trazidas pela ratificação da CQCT, que não pode ser negligenciada como componente das normas que servem para a interpretação das normas internas e internacionais.

Referências Bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. **Manual de Direito Internacional Público**. 16. ed. CASELLA, Paulo Borba, atualizador. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUERGENTHAL, Thomas. **Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law**. Recueil Des Cours. 1992; 235:305-410.

CABRERA, Oscar A., and Lawrence O. Gostin. "**Global Tobacco Control: A Vital Component of the Right to Health**". In *Advancing the Human Right to Health*. London: Oxford University Press, 2013.

CARVALHO RAMOS, André. **O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Lílíana Lyra. (Org.) **OSTF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 805-850.

LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. Barueri: Manole, 2005.

MCGRADY, Benn, **Implications of Ongoing Trade and Investment Disputes Concerning Tobacco: Philip Morris v. Uruguay, in Public Health and Plain Packaging of Cigarettes: Legal Issues 173-199** (Tania Voon, Andrew D. Mitchell & Jonathan Liberman with Glyn Ayres eds., Northampton, Mass.: Edward Elgar 2012).

MALANCZUK, Peter. **Akehurst's Modern Introduction to International Law**. 7th. ed. London: Routledge, 1998.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

Livre arbítrio e o *consumo de cigarros* e outros produtos de tabaco

Mônica Andreis

Psicóloga - Graduação em Psicologia pela Universidade de São Paulo Mestrado em Psicologia Clínica pela USP, Especialista em Psicologia Hospitalar - CRP, Vice-Diretora da Aliança de Controle do Tabagismo, Membro da Diretoria da FCA – Framework Convention Alliance

Jaqueline Scholz Issa

Médica Cardiologista, Diretora do Programa de Tratamento do Tabagismo do Instituto do Coração do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP. Formou-se em Medicina pela Faculdade da Medicina de São Jose do Rio Preto. Pós Graduação em Administração e Gestão em Saúde – Fundação Getulio Vargas – PROHSA. Pós Graduação em Cardiologia pela FMUSP.

O livre-arbítrio é descrito pelo dicionário Houaiss como a “possibilidade de decidir, escolher em função da própria vontade, isenta de qualquer condicionamento, motivo ou causa determinante”¹. No dicionário Aurélio, é descrito como a “possibilidade de exercer um poder sem outro motivo que não a existência mesma desse poder”, e ainda: “refere-se o livre-arbítrio principalmente às ações e à vontade humana, e pretende significar que o homem é dotado do poder de, em determinadas circunstâncias, agir sem motivos ou finalidades diferentes da própria ação”².

demandando análise de custo e benefício de cada opção e a estimativa de suas consequências em curto, médio e longo prazo. Uma vez que os resultados das nossas decisões são incertos, pode-se dizer que a tomada de decisão envolve análise de riscos”.

No entanto, é sabido que os adolescentes apresentam muitas vezes uma baixa percepção de riscos, aliado a uma busca por novas sensações e impulsividade, o que pode levá-los a tomar decisões imediatistas, sem avaliar consequências de médio e longo prazo⁶. As habilidades de tomada de decisão não podem ser consideradas plenamente desenvolvidas nesta etapa, daí não se aplicar o conceito de livre-arbítrio associado ao uso de produtos de tabaco por crianças e adolescentes.

Assim, o termo livre-arbítrio tem sido utilizado para representar a possibilidade de livre escolha do ser humano. Supõe que o indivíduo seja dotado de plena capacidade de apreciação das opções de escolha e tenha preservada a liberdade de agir de acordo com a sua vontade.

Nada mais distante da realidade quando refletimos sobre a iniciação e manutenção do tabagismo.

Dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) revelam que 90% das pessoas começam a fumar ainda na adolescência³. No Brasil, pesquisa do CEBRID apontou que a idade média de iniciação é de 13,3 anos⁴. Assim, é preciso explicitar que quem decide experimentar produtos de tabaco, na esmagadora maioria das vezes, são crianças e jovens, e não adultos, no Brasil e no mundo todo.

Conforme descrito por Mata et al. (2011)⁵ “a tomada de decisão pode ser definida como o processo de escolha entre duas ou mais alternativas concorrentes

Não se trata portanto de adultos escolhendo conscientemente fumar, mas crianças e jovens sendo seduzidos para a experimentação e consumo regular.

Apesar do Brasil ter alcançado uma significativa redução na prevalência de tabagismo nos últimos 20 anos, fruto das políticas de controle do tabaco implementadas ao longo deste período, o nível de experimentação por jovens ainda preocupa: pesquisa de 2012 (PENSE) revelou que 19,6% dos estudantes brasileiros entre 13 e 15 anos de idade já experimentou cigarro. E a experimentação é maior entre alunos da escola pública (20,8%) do que da privada (13,8%)⁷.

Destaca-se que quanto mais cedo se dá a iniciação, maior a chance de se tornar um fumante regular e menor a probabilidade de cessação⁸.

Um agravante é que num período onde é frequente a busca de auto-afirmação, rebeldia e intenso desejo de sentir-se aceito e valorizado, a propaganda apresenta o cigarro como um passaporte para o sucesso e auto-realização. Associa o ato de fumar com independência, sedução e vivência de novas experiências⁹.

Campanhas memoráveis foram feitas para promover a venda de cigarros, utilizando imagens e mensagens de grande apelo entre jovens. E isto não é apenas algo do passado. As estratégias de marketing do produto se sofisticaram e diversificaram.

Apesar de existir desde 2000 uma restrição de publicidade de produtos de tabaco no Brasil em mídia de massa, como TV, rádio e jornais, em pontos de venda a propaganda vinha sendo mantida e grandemente explorada pelas empresas de tabaco, como evidenciado em relatório lançado em 2014 pela organização Tobacco Free Kids¹⁰.

O ponto de venda, fixo ou itinerante, presente em eventos populares entre jovens, recebe ainda hoje expositores vistosos, painéis luminosos, peças variadas, e o cigarro é comumente posicionado junto a chicletes, doces e balas de sabores variados. Aliás o próprio cigarro agora tem sabores variados, como menta, cravo e baunilha.

Pesquisa feita com mais de 17000 estudantes brasileiros de 13 a 15 anos de idade (GYTS)¹¹, mostrou que os cigarros com sabor são os preferidos dos jovens. Afinal eles melhoram o gosto e diminuem a irritação provocada pela experimentação do cigarro¹².

Estudos já publicados apontam que o uso de aditivos, aliado a mudanças no design e manufatura do cigarro contribuíram para a constatação de que os cigarros hoje são ainda mais viciantes do que no passado^{13 e 14}.

Relatório Surgeon General de 2014 revelou que o fumante tem hoje mais risco de ter Câncer de Pulmão do que tinha em 1964, mesmo fumando menos cigarros¹⁵.

Assim, estes jovens que experimentam cigarros com sabor, como era de se esperar, fumam mais e tem maior risco de se tornar dependentes¹⁶.

Vale destacar também que a experimentação de tabaco provoca alterações significativas no funcionamento cerebral. Estudo publicado no The Journal of Neuroscience revelou que uma única exposição de 15 minutos à nicotina provocou um aumento a longo prazo na excitabilidade de neurônios envolvidos no sistema de recompensa, região do cérebro associada ao desenvolvimento da dependência¹⁷. Os efeitos da nicotina sobre as regiões do cérebro envolvidas na dependência se assemelham ao de outras drogas, como a cocaína. O processo neurobiológico de dependência é complexo e envolve muitos circuitos, neurotransmissores e receptores cerebrais.

Desde 1997, a Organização Mundial da Saúde incluiu a nicotina no grupo de transtornos mentais e de comportamento decorrentes do uso de substâncias

psicoativas, na Classificação Internacional de Doenças (CID-10), reconhecendo-a como uma substância que causa dependência química em seus usuários¹⁸.

A nicotina é o principal componente responsável pela dependência. A participação de outros componentes ainda não está plenamente definida. Após ser inalada alcança a corrente sanguínea e o cérebro em menos de 10 segundos. Ultrapassando a barreira hemato-encefálica liga-se aos receptores colinérgicos, preferencialmente os nicotínicos (com destaque para os receptores com as subunidades $\alpha 4\beta 2$). Com isso ativa canais iônicos que levam a um influxo de cátions e consequente liberação de neurotransmissores nas sinapses cerebrais, sendo a dopamina o principal deles. A atuação da dopamina em regiões cerebrais específicas (corpo estriado, córtex frontal e região mesolímbica), está associada à sensação de prazer, relaxamento, redução da ansiedade e da irritabilidade, aumento da atenção, bem como ao mecanismo de recompensa. Este mecanismo de recompensa determina fatores associativos com situações do cotidiano, criando hábitos e condicionamentos.

O fenômeno da tolerância decorre da exposição à nicotina repetida vezes levando a uma transformação neurofisiológica com redução da sensibilidade dos receptores de nicotina e consequente aumento compensatório na sua densidade cerebral (up-regulation). A partir deste ponto, para que o indivíduo se sinta confortável e haja a manutenção

deste “novo estado de equilíbrio” neurofisiológico, é necessária a reposição regular de nicotina, em geral com doses crescentes¹⁹.

A privação de nicotina, mesmo que por poucas horas provoca sintomas de abstinência. Os receptores “dessensibilizados” voltam a ficar responsivos e disto decorrem os sintomas de ansiedade e estresse que em geral levam o indivíduo ao desejo intenso de fumar – sensação de “fissura”.

Exatamente este desconforto provocado pela privação (reforço negativo) associado à perda do prazer de fumar (reforço positivo), faz com que muitos fumantes não tenham êxito nas tentativas de parar de fumar, mesmo motivados.

Deste modo, partindo-se do pressuposto que o conceito de livre arbítrio não pode ser aplicado quando a condição de dependência está presente, o fumante adulto dependente de tabaco também não agiria sob esta condição ao continuar fazendo uso de produtos de tabaco, apesar de consciente dos riscos à sua saúde. Este é, aliás, um dos critérios para caracterização da dependência, a persistência no uso a despeito do conhecimento racional sobre os efeitos prejudiciais à saúde²⁰.

Quando falamos de usuários de cigarro e outras forma de tabaco, como charuto, cachimbo e mais recentemente o cigarro eletrônico, estamos falando de um contingente de pessoas que na maioria das vezes possuem algum grau de dependência a nicotina, seja leve, moderada ou intensa²¹. A intensidade da dependência pode ser influenciada por fatores genéticos, sociais, ambientais e motivacionais.

Menos de 20% dos usuários deste produto dispõem de uma proteção neurobiológica natural e não desenvolvem a dependência. Os demais 80% dos usuários exibem uma relação de dependência que exige esforço motivacional, comportamental e terapêutico para superar a dependência a nicotina²². Ainda assim, de cada 100 fumantes tratados do tabagismo, cerca de 40 a 50 destes ficam condenados a sucumbirem a doenças e à morte, sem conseguirem se livrar da dependência a nicotina.

Nos últimos anos tem sido observada melhora na eficácia dos tratamentos oferecidos aos fumantes que decidem parar de fumar, na medida em que o arsenal terapêutico para tratamento dos sintomas provocados pela abstinência a nicotina foram se ampliando. As taxas de sucesso no tratamento de fumantes têm crescido, porém ainda há um grupo de pessoas que mesmo com todo o suporte terapêutico não consegue abandonar definitivamente o tabagismo^{23,24,25}.

Existem mais de 50 doenças reconhecidamente relacionadas ao tabagismo²⁶, atingindo principalmente os aparelhos respiratório (doença pulmonar obstrutiva crônica – DPOC, algumas doenças intersticiais, agravamento da asma), cardiovascular (aterosclerose, arterial coronariana, acidente vascular cerebral, aneurisma, tromboangeite obliterante, associação tabaco-anovulatório), digestivo (refluxo gastroesofágico, ulcera péptica, doença de Crohn, cirrose hepática), genitourinário (disfunção erétil, infertilidade, hipogonadismo, nefrite), neoplasias malignas (cavidade oral, faringe, esôfago, estomago, pâncreas, cólon, reto, fígado e vias biliares,

rins, bexiga, mama, colo de útero, vulva, leucemia mielóide), na gravidez e no feto (infertilidade, abortamento espontâneo, descolamento prematuro da placenta, placenta prévia, pré-eclâmpsia, gravidez tubária, menor peso ao nascer, parto prematuro, natimortos, mortalidade neonatal, malformações congênitas, prejuízo no desenvolvimento mental em idade escolar) e outras (envelhecimento da pele, psoríase, osteoporose, artrite reumatóide, doença periodontal, cárie dental, estomatites, leucoplasias, língua pilosa, pigmentação melânica, halitose, queda das defesas imunitárias).

Segundo a Organização Mundial da Saúde, o tabagismo é responsável por 6 milhões de óbitos anuais em todo o mundo²⁷. A partir do reconhecimento da importância de se adotar medidas a fim de conter a expansão da chamada epidemia do tabagismo, foi desenvolvido o primeiro tratado de saúde pública, a Convenção Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT). Até o presente momento, 178 países já o assinaram e ratificaram, inclusive o Brasil²⁸. A CQCT foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em 2006, através do decreto 5658²⁹.

No Preâmbulo deste tratado é reconhecido 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 do tabaco é classificada separadamente como uma enfermidade pelas principais classificações

internacionais de doenças”³⁰.

A CQCT propõe a adoção de diversas medidas para reduzir o impacto do tabagismo e proteger as gerações presentes e futuras de suas consequências para a saúde, economia, ambiente e meio social. Entre as medidas mais efetivas na redução do tabagismo destaca-se a proibição de fumar em ambientes fechados, a proibição da propaganda, e o aumento de preços e impostos dos produtos derivados do tabaco³¹. Essas medidas também contribuem para a disseminação de informação e a prevenção da iniciação por jovens, além de motivar os já fumantes a desejar parar de fumar ou reduzir o consumo.

Um problema de tal magnitude exige um esforço global no sentido de gradualmente mudar paradigmas, ampliar a conscientização das pessoas, implementar políticas públicas e reduzir a aceitação social de um produto com devastadoras consequências para a saúde pública.

À luz de todas as considerações acima apresentadas, tem sido também discutida a questão da responsabilidade civil da indústria do tabaco^{32, 33}. O artigo 19 da CQCT trata deste tema da responsabilidade, e descreve: “Para fins de controle do tabaco, as Partes considerarão a adoção de medidas legislativas ou a promoção de suas leis vigentes, para tratar da responsabilidade penal e civil, inclusive, conforme proceda, da compensação”³⁴.

É tempo de reconhecer não somente a enorme extensão dos danos relacionados ao tabagismo, mas também a parcela de responsabilidade que cabe àqueles que não só produzem e comercializam, mas ainda promovem através de sofisticadas técnicas de marketing o consumo de produtos de tabaco.

Ao se responsabilizar apenas o próprio fumante, baseado na premissa do livre-arbítrio, deixa-se de

considerar a precoce iniciação, a potente ação da droga, o déficit de informações e o intenso estímulo ao consumo por meio da propaganda. Fatos relevantes que não justificam sua indiferença.

Referencias Bibliográficas

(Endnotes)

- 1 Houaiss A, Villar MS, **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001
- 2 **Novodicionário Aurélio da Língua Portuguesa, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira**, 2ª Edição, Edit. Nova Fronteira.
- 3 **Gender, Women, and the Tobacco Epidemic, World Health Organization 2010**, ISBN 978 92 4 159951 1
- 4 **VI Levantamento Nacional sobre o Consumo de Drogas Psicotrópicas entre Estudantes do Ensino Fundamental e Médio das Redes Pública e Privada de Ensino nas 27 Capitais Brasileiras – 2010/E**. A. Carlini (supervisão) [et. al.], -- São Paulo: CEBRID- Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas: UNIFESP - Universidade Federal de São Paulo 2010.
- 5 Mata FG, et al., **Avaliação neuropsicológica do processo de tomada de decisões em crianças e adolescentes: uma revisão integrativa da literatura**, Rev Psiq Clín. 2011;38(3):106-15
- 6 Slovic, P, **What does it mean to know a cumulative risk? Adolescents’ perceptions of short-term and long-term consequences of smoking, Journal of Behavioral Decision Making, Special Issue: Time and Decision, Volume 13**, Issue 2, pages 259–266, April/June 2000

- 7 **Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar 2012. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE;** Diretoria de Pesquisas; Coordenação de População e Indicadores Sociais
ISBN 978-85-240-4278-2
- 8 **Gender, Women, and the Tobacco Epidemic, World Health Organization 2010,** ISBN 978 92 4 159951 1
- 9 Pollary, RW, **How cigarette advertising works: rich imagery and poor information, History of Advertising Archives Working,** Paper 98, Vancouver: University of British Columbia, 1998
- 10 **Talvez você seja o alvo, Nova Campanha Global Marlboro Direcionada para o Público Jovem,** http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/902_be_marlboro.pdf
- 11 Figueiredo, VC et al, **Use of flavored cigarettes among Brazilian adolescents: a step toward nicotine addiction?** Disponível em:
http://actbr.org.br/uploads/conteudo/791_Flavored_cigarettes.pdf, Acesso em 04/06/2014.
- 12 **Aditivos em cigarros, Instituto Nacional de Câncer Jose Alencar Gomes da Silva, Comissão Nacional para a Implementação da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco e seus protocolos,** Rio de Janeiro, INCA, 2011, 47p.
- 13 Land, T, **Recent Increases in Efficiency in Cigarette Nicotine Delivery: Implications for Tobacco Control, Nicotine Tob Res (2014)** doi: 10.1093/ntr/ntt219, First published online: January 13, 2014
- 14 Kreslake, JM, Wayne, GF, Alpert, HR, Koh, HK, Conolly, GN, **Tobacco Industry Control of Menthol in Cigarettes and Targeting of Adolescents and Young Adults,** Am J Public Health 2008 Sep;98(9):1685-92. doi: 10.2105/AJPH.2007.125542.
- 15 U.S. Department of Health and Human Services. **The Health Consequences of Smoking —50 Years of Progress: A Report of the Surgeon General. Atlanta, GA: U.S. Department of Health and Human Services, Centers for Disease Control and Prevention, National Center for Chronic Disease Prevention and Health Promotion,** Office on Smoking and Health, 2014.
- 16 Figueiredo, VC et al, **Use of flavored cigarettes among Brazilian adolescents: a step toward nicotine addiction?** Disponível em:
http://actbr.org.br/uploads/conteudo/791_Flavored_cigarettes.pdf, Acesso em 04/06/2014.
- 17 Mao, D, Gallagher, K, McGehee, D, **Nicotine Potentiation of Excitatory Inputs to Ventral Tegmental Area Dopamine Neurons,** The Journal of Neuroscience, 4 May 2011, 31(18): 6710-6720; doi: 10.1523/JNEUROSCI.5671-10.2011
- 18 **Evidências Científicas sobre o Tabagismo para Subsídio ao Poder Judiciário,** Associação Médica Brasileira, INCA, ACT, 2013, Disponível em:
http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/841_diretrizes_AMB.pdf, Acesso 27/05/2014
- 19 Benowitz NL: **Nicotine Addiction.** N Engl J Med 2010;362:2295-303
- 20 Organização Mundial da Saúde. **Classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID-10.** Porto Alegre: Artmed, 1993.
- 21 Rosemberg, J, **Nicotina – Droga Universal,** Rio

de Janeiro: Instituto Nacional de Câncer, 2004, Disponível em: <http://www.inca.gov.br/tabagismo/publicacoes/nicotina.pdf>, Acesso 04/06/2014.

22 _____, **Nicotine Addiction**. N Engl J Med 2010;362:2295-303

23 Issa Jaqueline Scholz, Forti Neusa, Giannini Sergio D., Diament Jayme. **Intervenção sobre tabagismo realizada por cardiologista em rotina ambulatorial**. Arq. Bras. Cardiol. 1998 ; 70(4): 271-274. doi.org/10.1590/S0066-782X1998000400006

24 Issa Jaqueline Scholz, Perez Glória Heloíse, Diament Jayme, Zavattieri Angela Giuliana, Oliveira Kátia Ulrich de. **Bupropion in the treatment of smoker cardiovascular disease**. Arq. Bras. Cardiol. 2007 ; 88(4): 434-440. doi.org/10.1590/S0066-782X2007000400012

25 Issa Jaqueline S., Tania Ogawa Abe, Simone Moura, Paulo C. J. L. Santos, and Alexandre C. Pereira. **Effectiveness of Co-administration of Varenicline, Bupropion, and Serotonin Reuptake Inhibitors in a Smoking Cessation Program in the Real-Life Setting Nicotine** Tob Res (2013) 15 (6): 1146-1150 doi:10.1093/ntr/nts230

26 **Diretrizes sobre tabagismo**, Associação Médica Brasileira, 2009, Disponível em: http://www.amb.org.br/teste/comissoes/anti_tabagismo/diretrizes.html.

27 **WHO report on the global tobacco epidemic**, 2013: enforcing bans on tobacco advertising, promotion and sponsorship. Geneva: World Health Organization, 2013.

28 **Parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control**, Disponível em: http://www.who.int/fctc/signatories_parties/en/, Acesso 05/06/2014

29 **Decreto N.5658**, de 2 de Janeiro de 2006, Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5658.htm, Acesso 05/06/2014

30 **Convenção Quadro para o Controle do Tabaco**; Instituto Nacional de Câncer, Rio de Janeiro: INCA, 2011, 58p, ISBN 978-85-7318-155-5

31 **WHO report on the global tobacco epidemic**, 2013: enforcing bans on tobacco advertising, promotion and sponsorship. Geneva: World Health Organization, 2013.

32 Barbosa, FN, Andreis, M, **O argumento da culpa da vítima como excludente da responsabilidade civil da indústria do cigarro: proposta de reflexão**, Revista de Direito do Consumidor, Ano 21, Vol.82, abr/jun, 2012, pg. 61-83.

33 Andrighi, FN, Andrighi, VL, Kruger, CDG, **Responsabilidade Civil Objetiva da indústria fumageira pelos danos causados a direito fundamental do consumidor de tabaco, in Responsabilidade Civil Contemporânea: Homenagem a Sílvio de Salvo Venosa**. Otávio Luiz Rodrigues Júnior, Gladston Mamede e Maria Vital da Rocha (coordenadores). São Paulo. Editora Atlas, 2011, p. 363.

34 **Convenção Quadro para o Controle do Tabaco**; Instituto Nacional de Câncer, Rio de Janeiro: INCA, 2011, 58p, ISBN 978-85-7318-155-5

A Resolução no *14/2012* *da ANVISA* entre o **libertarianismo** e o liberalismo

Sumário

Introdução, 1. O libertarianismo e a indústria do tabaco, 2. O equívoco na identificação entre libertarianismo e kantismo, Conclusão, Referências Bibliográficas.

Cristiano Soares Barroso Maia

Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília – UnB e Mestre em Direito pela mesma instituição. Advogado da União.



Introdução

O presente artigo tem como objetivo abordar a restrição ao uso de aditivos nos cigarros, implementada por meio da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) no 14, de 15 de março de 2012, editada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Esse ato normativo dispõe sobre "*os limites máximos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono na corrente primária da fumaça dos cigarros e a restrição do uso de aditivos em todos os produtos fumígenos derivados do tabaco comercializados no Brasil*" (art. 1o).

A mencionada resolução foi precedida de consultas públicas, nas quais todos os setores envolvidos tiveram a oportunidade de se manifestar, culminando na restrição de inúmeros aditivos nos cigarros produzidos e comercializados em território nacional, tais como açúcares, aromatizantes, flavorizantes, adoçantes, etc. (art. 6o).

Como é cediço, tramita no Supremo Tribunal Federal uma ação direta de inconstitucionalidade que impugna dispositivos do mencionado ato normativo da ANVISA, autuada sob o no 4874 e cuja relatoria coube à Min. Rosa Weber.

No presente artigo, parte-se dos argumentos já lançados na citada ação direta de inconstitucionalidade, não abordando a questão referente ao princípio da proporcionalidade¹ e à incompetência da agência reguladora para veicular a limitação, mas concentrando a análise na crítica lançada ao suposto paternalismo da medida adotada pelo Poder Público.

1. O libertarianismo e a indústria do tabaco

Não obstante a ausência de menção ao libertarianismo, sobretudo em sua vertente formulada por Robert Nozick², parece que as manifestações jurídicas apresentadas pela indústria do tabaco (Sindicato Interestadual da Indústria do Tabaco – SINDITABACO e Associação Brasileira da Indústria do Fumo – ABIFUMO), como esteio aos argumentos expendidos na ADI 4874, possuem forte conexão com suas premissas. Para sustentar tal assertiva, mencionar-se-ão trechos das consultas e, em seguida, serão expostos os pontos de contato com as teses de Nozick.

No parecer elaborado por Jónatas Machado e Gomes Canotilho, consta um tópico relacionado ao livre desenvolvimento da personalidade, no qual se aponta a RDC no 14 da ANVISA como medida redutora da autonomia do cidadão para fazer suas próprias escolhas, conforme se observa da leitura do trecho seguinte³:

Há muito que a liberdade individual não pode abranger apenas a verdade e virtude, mas também o erro e o vício, sob pena de estar em causa a própria autenticidade humana. Os indivíduos não são livres para tomarem apenas as decisões que os outros considerem vantajosas para seus interesses. A liberdade humana supõe uma margem significativa de liberdade mesmo para escolher condutas e comportamentos considerados indesejáveis e nocivos pela generalidade da população. Se o Estado pretender forçar as pessoas a tomar unicamente as decisões que sejam

¹ Para uma exposição pormenorizada quanto a tal ponto, cf. AFONSO DA SILVA, Virgílio. Parecer sobre a RDC nº 14/2012 da ANVISA. Disponível em: http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/859_Parecervirgilio.pdf

² Cf. NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. Oxford: Blackwell, 1999.

³ J. J. Gomes Canotilho & Jónatas E. M. Machado. "Parecer: A ANVISA e a proibição de substâncias aditivas nos produtos fumígenos", 2012, pp. 16-17.

vantajosas para a saúde física e psíquica, ele acabará por substituir-se aos indivíduos e neutralizar a sua autonomia.

No parecer elaborado por Sepúlveda Pertence e Luís Roberto Barroso, formulou-se semelhante ataque à medida veiculada pela ANVISA, sobretudo por seu suposto paternalismo. Nesse sentido, confira-se a passagem abaixo transcrita⁴:

Em um Estado de Direito democrático, o Poder Público não pode pretender substituir-se às escolhas íntimas e pessoais dos cidadãos. As pessoas não podem ser tratadas como incapazes, dependentes de guias iluminados para decidir questões que interessam apenas a elas mesmas. Ainda que as intenções subjacentes a medidas desse jaez sejam as melhores possíveis – segundo a visão da autoridade que as pretenda impor –, elas não logram dissimular o paternalismo que lhes é intrínseco e que se traduz em autoritarismo. Assumir riscos, maiores ou menores, faz parte da vida. Não custa lembrar que, ao lado do direito à vida e à integridade física, a liberdade é um dos valores essenciais para a existência humana digna, e um dos mais importantes limites ao exercício do poder, na medida em que protege um espaço irreduzível de autonomia pessoal. O Estado não pode, a pretexto de proteger os indivíduos, viver as suas vidas: sobretudo quando se manifesta por entidades administrativas, despidas que (sic) legitimação democrática (itálicos presentes no original).

Inicialmente, convém esclarecer que a teoria de Nozick direciona-se não apenas a justificar um Estado mínimo, mas também a legitimar a propriedade privada, que acaba sendo considerada uma extensão da ideia de que somos proprietários de nós mesmos. Na última perspectiva, ele apresenta a chamada teoria da titularidade⁵, por meio da qual pretende, a partir de pressupostos lockianos, justificar a transferência da propriedade, ainda que produtora de desigualdades, desde que o ato de aquisição originário tenha sido legítimo⁶.

Interessa-nos aqui, principalmente, a defesa do Estado mínimo, visto que, de alguma maneira, reaparece na argumentação desenvolvida pelos juristas contratados pela indústria do tabaco. Segundo o filósofo norte-americano, seu objetivo principal, exposto logo na página inicial do prefácio, consiste na demonstração de que o único Estado justificado é o mínimo, ou seja, aquele que possui funções estreitas, consistentes na proteção contra o exercício da força, fraude e na implementação dos contratos. Qualquer outro tipo de Estado, com funções mais alargadas, violaria os direitos das pessoas de não serem forçadas a fazer certas coisas⁷.

Caso se leve em consideração a liberdade de escolha do consumidor como um fim em si mesmo e merecedor de proteção incondicional, tal qual a indústria do tabaco tem sustentado, percebe-se a sua forte aproximação com as teses libertárias. Qualquer intervenção do Estado no mercado, a

4 J. P. Sepúlveda Pertence & Luís Roberto Barroso. "Parecer: Resolução da ANVISA que proíbe o uso nos cigarros de ingredientes que não oferecem risco à saúde. Invalidez formal e material da medida. Incompetência, desvio de finalidade e asfixia regulatória", 2012, p. 12.

5 Cf. NOZICK, Robert. Op. cit., p. 150 e ss.

6 Para uma crítica aos pressupostos dessa teoria, cf. KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 122 e ss.

7 Cf. NOZICK, Robert. Op. cit., p. IX.

fim de regular a produção ou comercialização de determinado produto, seria injustificada, porque capaz de violar a liberdade do cidadão.

A admissão de uma postura tão refratária à regulação estatal pode conduzir a resultados inesperados. No limite, a própria exigência de fabricação de veículos automotores com cinto de segurança e airbag⁸ poderia ser questionada; afinal de contas, isso configuraria uma indevida interferência na liberdade de escolha dos futuros consumidores. Ora, ao cidadão deveria ser facultada a seleção, de maneira livre, a respeito de um automóvel equipado com tais mecanismos de segurança, não devendo o Poder Público imiscuir-se nessa opção legítima de caráter individual. Ademais, a saúde pública e o sistema de tributação deveriam ser revistos, na medida em que ninguém pode ser constrangido a contribuir para auxiliar o próximo⁹.

Idêntico raciocínio aplica-se ao consumo de produtos do tabaco fabricados com aditivos. A intervenção do Estado na fabricação, comercialização e importação de cigarros, por meio da restrição quanto à adição de ingredientes, representaria forte limitação ao direito de escolha dos adultos, ainda que tal medida contribua para a inibição do consumo entre crianças e adolescentes¹⁰, bem como diminua o potencial daquele produto de induzir ao vício¹¹.

Numa análise preliminar, a ideologia libertária postulada pela indústria do tabaco parece vincular-se ao kantismo, sobretudo em sua radical defesa da dignidade da pessoa

humana. O próprio Nozick¹², em algumas passagens de sua obra, afirmou que sua concepção trataria o ser humano como um fim em si mesmo, nunca como meio para que se alcancem objetivos à custa da autonomia individual. No próximo tópico, objetiva-se demonstrar os equívocos de tal posição e os riscos que ela implica.

2. O equívoco na identificação entre libertarianismo e kantismo

Algumas vertentes do libertarianismo¹³ tentam associar referida concepção de justiça ao liberalismo articulado a partir de pressupostos da filosofia prática de Immanuel Kant, posição que, todavia, não encontra amparo nos trabalhos do filósofo de Königsberg.

No que se refere ao campo prático, Kant ocupou-se com a questão da causalidade dos seres racionais em comparação com a dos irracionais. Nesse sentido, buscou definir as leis da causalidade do ser humano (vontade), que não é necessária (mecânica), já que possuiria o atributo da liberdade (vontade livre = moral). Assim, a vontade humana, para ser autônoma, não deve ser apenas conforme ao dever, mas determinada por ele, o que lhe atribuiria valor moral.

É claro que a noção kantiana de direito não se identifica exatamente com sua concepção moral. Para Kant, "[o] direito é, então, a suma das condições, sob as quais pode ser conciliado o arbítrio de cada um com o arbítrio de outrem, segundo uma lei geral da liberdade"¹⁴. Por outro lado, percebe-se uma forte conexão entre a ideia de autonomia no campo moral e a autonomia construída no âmbito da constituição civil¹⁵ (*bürgerliche Verfassung*).

8 O Código de Trânsito Brasileiro foi alterado por meio da Lei no 11.910, de 18 de março de 2009, que passou a exigir a instalação de tal mecanismo de segurança. A Resolução no 311 do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN, de 03 de abril de 2009, definiu os prazos para implementação do novo requisito pela indústria automobilística.

9 Cf. SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 2 ed. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 81.

10 Há fortes indícios de que os cigarros mentolados são direcionados ao público juvenil. Cf. "Project 'Y' – Secret", estudo da RJR sobre cigarros mentolados (disponível em <http://legacy.library.ucsf.edu/tid/dxt79d00>), assim como Ellen M. Walk (Philip Morris Research Center), R&D Review on Menthol", 1980, (disponível em http://tobaccodocuments.org/product_design/1000385226-5313.html).

11 Em relação ao acetaldeído, estudos indicam que ele pode aumentar o efeito aditivo da nicotina. Cf. BELLUZZI JD, WANG R, LESLIE MF. Acetaldehyde Enhances Acquisition of Nicotine Self-Administration in Adolescent Rats. In: *Neuropsychopharmacology*, 2005, 30, pp. 705-712.

12 Cf. NOZICK, Robert. Op. cit., pp. 30-31 e pp. 333-334.

13 Cf. OTTESON, James R. Kantian Individualism and Political Libertarianism. In: *The Independent Review* 13, 3, 2009, pp. 389-409.

14 KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*. Stuttgart: Reclam, 2007, p. 66-67.

15 Embora apresentados de maneira pouco clara na obra "A Metafísica dos Costumes",

Com efeito, o ser humano autônomo age impulsionado pela observância à lei que ele próprio, por meio de um raciocínio de universalização, considerando todos os outros seres humanos como fins em si mesmos (reino dos fins), deu a si próprio (autolegislação). Nesse sentido, a autonomia significa agir por dever à lei, independente de qualquer fim específico da ação, ao passo que a heteronomia corresponde ao agir impulsionado por um fim específico, dependente das circunstâncias. No estado civil, o raciocínio é semelhante. A autonomia de um membro da comunidade como cidadão corresponde à sua participação como co-legislador (Mitgesetzgeber) na elaboração do direito sob o qual todos vivem. Uma vez que Kant considera que “[t]odo direito depende, portanto, de leis”¹⁶, bem como supõe a ideia da razão, que leva a “[...] vincular todo legislador a editar suas leis, de tal modo, como se pudessem advir da vontade unida de todo um povo, e a considerar todo súdito, na medida em que ele quer ser cidadão, como se ele tivesse dado seu assentimento a tal vontade”¹⁷, ele acabou sustentando que a submissão à ordem estatal decorre do ato de vontade de cada participante, motivo pelo qual ele não é menos livre que no estado de natureza¹⁸.

De uma maneira resumida e simplificada, podem ser destacadas duas primordiais diferenças entre o argumento kantiano e de seus intérpretes¹⁹ aquele

desenvolvido por Nozick.

Em primeiro lugar, o libertarianismo rejeita a participação relevante do Estado na vida em sociedade²⁰, algo que, por outro lado, possui um certo destaque na tradição liberal desenvolvida a partir do kantismo. A própria passagem do estado de natureza, no qual não há proteção em relação ao meu e o teu exterior, para o estado jurídico²¹ indica a necessidade do Estado por meio do exercício da justiça distributiva. A condição jurídica relaciona-se, assim, com um poder político público, único capaz de assegurar a convivência social, visto que o aparato estatal é a estrutura que garante a aquisição conclusiva da propriedade privada²². Para Nozick, contudo, a propriedade privada e sua implementação precedem o próprio Estado, não dependendo necessariamente de sua estruturação.

A tradição liberal parte de uma noção de contrato social, que garantiria às pessoas, na vertente de Kant²³, o mesmo rol de liberdades existentes no estado de natureza. A tradição libertária, porém, desenvolve uma concepção segundo a qual a instituição do governo assemelha-se a um contrato privado de mútuo benefício entre os cidadãos²⁴.

Em segundo lugar, na visão libertária, a posse de si mesmo (self-ownership) possui equivalência com a posse que se tem de um determinado bem. Logo, como acentua Freeman²⁵, todos os direitos são

os princípios da constituição civil foram sistematizados de maneira mais elucidativa na obra “Sobre o Dito Popular: o que pode ser correto na teoria não vale, porém, na prática”. Eles são os seguintes: i) liberdade de cada membro da sociedade como homem significa a ausência de constrangimentos à busca da felicidade, desde que isso não interfira com o igual direito de outros membros de também buscarem seus próprios projetos; ii) a igualdade como súdito significa que cada cidadão possui iguais direitos de coerção contra os demais, podendo acionar o aparato estatal para constranger um outro cidadão a cumprir a lei; e iii) a autonomia de um membro da comunidade como cidadão corresponde à participação como co-legislador (Mitgesetzgeber) na elaboração do direito sob o qual todos vivem. Cf. KANT, Immanuel. *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*. Hamburg: Felix Meiner, 1992, p. 21 e ss.

16 KANT, Immanuel. Op. cit., 1992, p. 26.

17 KANT, Immanuel. Op. cit., 1992, p. 29. Na mesma linha, confira-se KANT, Immanuel. Op. cit., 2007, p. 170.

18 Cf. KANT, Immanuel. Op. cit., 2007, p. 173.

19 John Rawls, um dos mais destacados intérpretes de Kant no mundo anglo-saxão, fundamentou sua teoria contratualista em dois princípios. O primeiro deles é o da equanimidade política, segundo o qual todos devem ser tratados com igual consideração e respeito, com acesso ao mais abrangente sistema de iguais liberdades básicas. O segundo, por sua vez, é o da diferença, pelo qual as desigualdades sociais e econômicas só devem ser permitidas, caso satisfaçam

os seguintes requisitos: a) devem ser vantajosas para todos numa perspectiva razoável; e b) atreladas a cargos e postos acessíveis a todos. Adota-se, aqui, a perspectiva traçada na primeira obra de impacto de Rawls (cf. RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Belknap, 1971, p. 54 e ss.), contra a qual Nozick, três anos depois de seu lançamento, levantou inúmeras objeções. Cf. NOZICK, Robert. Op. cit., p. 183 e ss.

20 Para Kant, o primeiro artigo para a paz perpétua é que todo Estado seja organizado segundo uma constituição republicana. Cf. KANT, Immanuel. Op. cit., 1992, p. 62.

21 Cf. KANT, Immanuel. Op. cit., 2007, p. 161 e ss.

22 Cf. RIPSTEIN, Arthur. *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy*. Cambridge: Harvard University, 2009, p. 224.

23 Segundo Kersting, a noção de legitimidade política e social do contrato social kantiano conecta-se com a de Rousseau. Cf. KERSTING, Wolfgang. *The civil constitution in every state shall be a republican one*. In: HÖFFE, Otfried, AMERIKS, Karl (orgs.). *Kant's moral and legal philosophy*. Cambridge: Cambridge University, 2009, p. 250.

24 Cf. NOZICK, Robert. Op. cit., p. 113 e ss.

25 Cf. FREEMAN, Samuel. *Illiberal Libertarians: Why Libertarianism is not a Liberal View*. In: *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 30, no 2, 2001, pp. 105-151, p. 131.

concebidos como direitos de propriedade, o que, em última instância, visa justificar a liberdade contratual absoluta, de forma que não é lícito ao Estado interferir nesse esquema de trocas entre as pessoas. Nesse ponto, destaca-se outra diferença entre o projeto kantiano e aquele capitaneado por Nozick. Como o Estado não deve imiscuir-se na regulação da propriedade e do contrato, qualquer esquema de distribuição de bens daí decorrente é justificável, pois cada cidadão agiu (contratou) no exercício de sua (suposta) liberdade²⁶. Isso parece contrariar a forte preocupação de Kant com a igualdade de direitos, da qual um homem somente pode sair pela prática de um crime, mas nunca por contrato ou por violência derivada de uma guerra²⁷.

É fácil perceber, portanto, que a centralidade conferida por Kant ao homem como fim em si mesmo (dignidade), jamais como meio para que outros alcancem um determinado objetivo, fica prejudicada no esquema proposto por Nozick. Não obstante as simplificações da exposição acima, pode-se visualizar que a liberdade e dignidade defendidas pelo filósofo norte-americano estão vinculadas à justificação de um esquema (desigual) de distribuição/circulação de bens.

26 Nozick tenta justificar a liberdade do operário em relação ao capitalista, introduzindo a diferença entre posse formal e posse material de si mesmo. Assim, apesar de não materialmente detentor de si próprio, o operário possui a posse formal de si próprio. Por fim, o aspecto formal é o único que as pessoas podem legitimamente reivindicar. Cf. NOZICK, Robert. Op. cit., p. 262 e ss.

27 Cf. KANT, Immanuel. Op. cit., 1992, p. 25.

Conclusão

Uma análise do argumento central delineado pelos juristas contratados pela indústria do tabaco, sobretudo na crítica ao paternalismo estatal na restrição do comércio de cigarros com aditivos, aponta no sentido da redução da dignidade do homem ao exercício de sua liberdade de contratar livremente. Com efeito, a defesa da autonomia, da dignidade e do livre desenvolvimento da personalidade circunscreve-se ao exercício da liberdade de escolha na contratação (contrato de compra e venda) do sabor e aroma do cigarro, o que demandaria um quadro regulatório capaz de ampliar a oferta de produtos²⁸.

Contudo, tal postura libertária não encontra qualquer amparo em nossa ordem constitucional. Para constatar isso, basta uma rápida leitura do catálogo de direitos sociais estabelecido pela Constituição Republicana de 1988. A liberdade exaltada pela indústria do tabaco pode facilmente converter-se em seu oposto, na medida em que o cidadão livre para escolher qual produto fumígeno pretende consumir, conforme preconizado nos pareceres analisados, não possui o mesmo volume e precisão de informações do agente econômico. Como apontou Marcelo Neves²⁹, em artigo publicado no sítio Consultor Jurídico, a indústria do tabaco já foi condenada, nos Estados Unidos da América, no curso de processo sobre responsabilização por danos decorrentes do uso de produtos do tabaco, por sua conduta de esconder documentos, relatórios e estudos científicos, impedindo seu acesso às agências reguladoras e ao público em geral.

Portanto, a dignidade do ser humano e seu poder de autodeterminação não podem ser considerados sob um viés puramente economicista (Nozick), sob pena de se recusar a legítima intervenção jurídico-estatal, necessária justamente para fazer valer a plenitude dos direitos fundamentais num contexto de risco de colonização do mundo da vida pelo dinheiro e pelo poder administrativo³⁰.

28 Cf. J. J. Gomes Canotilho & Jónatas E. M. Machado. Parecer, p. 19.

29 Cf. NEVES, Marcelo. Supremo Tribunal Federal versus supremo tabagismo federal. Consultor Jurídico. 19 de abril de 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-abr-19/observatorio-constitucional-supremo-tribunal-federal-versus-supremo-tabagismo-federal>. Acesso em 02/06/2014.

30 Cf. HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

Referências Bibliográficas

BELLUZZI JD, WANG R, LESLIE MF. **Acetaldehyde Enhances Acquisition of Nicotine Self-Administration in Adolescent Rats.** In: *Neuropsychopharmacology*, 2005, 30, pp. 705-712.

FREEMAN, Samuel. **Illiberal Libertarians: Why Libertarianism is not a Liberal View.** In: *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 30, no 2, 2001, pp. 105-151.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats.** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

KANT, Immanuel. **Die Metaphysik der Sitten.** Stuttgart: Reclam, 2007.

_____. **Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis.** Hamburg: Felix Meiner, 1992.

KERSTING, Wolfgang. **The civil constitution in every state shall be a republican one.** In: HÖFFE, Otfried, AMERIKS, Karl (orgs.). *Kant's moral and legal philosophy.* Cambridge: Cambridge University, 2009.

KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea.**

Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Marcelo. **Supremo Tribunal Federal versus supremo tabagismo federal.** Consultor Jurídico. 19 de abril de 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-abr-19/observatorio-constitucional-supremo-tribunal-federal-versus-supremo-tabagismo-federal>. Acesso em 02/06/2014.

NOZICK, Robert. **Anarchy, State and Utopia.** Oxford: Blackwell, 1999.

OTTESON, James R. **Kantian Individualism and Political Libertarianism.** In: *The Independent Review* 13, 3, 2009, pp. 389-409.

RAWLS, John. **A Theory of Justice.** Cambridge: Belknap, 1971.

RIPSTEIN, Arthur. **Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy.** Cambridge: Harvard University, 2009.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa.** 2 ed. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

A proibição da publicidade de **tabaco** no Brasil: *com a palavra o STF*

Sumário

Introdução, 1. Resgate histórico e cenário atual, 2. A liberdade de expressão comercial e o modelo norte-americano, 3. Uma nova visão: o exemplo colombiano, 4. A Constituição brasileira e o diálogo transconstitucional, Conclusão, Referências Bibliográficas

Palavras-chave

Tabaco; publicidade; liberdade de expressão comercial; livre iniciativa; defesa do consumidor.



Adalberto Pasqualotto

Doutor em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Professor Titular de Direito do Consumidor da Faculdade de Direito da PUCRS, ex-presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON.

Introdução

O tabagismo é uma preocupação mundial e o Brasil é um dos países de maior vanguarda no combate a esta que é considerada a maior epidemia de doença evitável no mundo. Os dados da Organização Mundial de Saúde são eloquentes: 63% das mortes verificadas em 2008 no mundo inteiro tiveram como causa doenças não transmissíveis, sendo o tabagismo, entre elas, um dos maiores fatores de risco.¹

No Brasil, o tabagismo é responsável por cerca de duzentas mil mortes anuais.²

O combate ao tabagismo ocorre em todos os quadrantes do mundo.³ Uma das armas mais utilizadas é a restrição ou mesmo a proibição completa da publicidade comercial de produtos derivados do tabaco. A Convenção Quadro para o Controle do Tabaco, tratado ao qual estão vinculados 173 países, dispõe no sentido de que “[C]ada Parte, em conformidade com sua Constituição ou seus princípios constitucionais, procederá a proibição total de toda forma de publicidade, promoção e patrocínio do tabaco”.

É disso que trataremos brevemente neste artigo. O Brasil, signatário da Convenção, instituiu por lei a proibição da publicidade de tabaco. Contra essa medida foi proposta, pela Confederação Nacional da Indústria, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3.311), em 2004. O processo está completando dez anos e ainda aguarda o julgamento do STF. Argumenta-se na ação que a Constituição admite

apenas restrições à publicidade de tabaco, não a sua proibição, e que a publicidade comercial em geral compõe os direitos relativos à liberdade de expressão, não podendo ser suprimida.

1. Resgate histórico e cenário atual

O histórico nacional nessa matéria começa com a Lei nº 9.294, de 15/6/96, que restringiu a publicidade de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos e quaisquer outros produtos fumígenos, no rádio e na televisão, aos horários compreendidos entre as 21 e as 6 horas.

Na sequência, veio a Lei nº 10.167, de 27/12/2000, que limitou a propaganda dos mesmos produtos à parte interna dos pontos de venda, mediante pôsteres, painéis e cartazes. Foi contra essa norma que se insurgiu a indústria do tabaco, por interposição da CNI, ao propor a ADI 3.311.

Medida mais radical sobreveio com a edição da Lei nº 12.546, de 14/12/2011, que vetou completamente a propaganda de qualquer produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em todo o território nacional, permitindo apenas a exposição dos produtos – não mais a propaganda – nos pontos de venda.

Na ação constitucional, a indústria do tabaco provoca o contraste da legislação ordinária com o texto da Constituição, uma vez que o art. 220, parágrafo 4º, dispõe:

A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

1 Conforme: <http://www.who.int/tobacco/es/>. Acesso em 08/05/2014.

2 Conforme o Instituto Nacional do Câncer. Disponível em: http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/observatorio_controle_tabaco/site/home/dados_numeros/mortalidade. Acesso em 08/05/2014.

3 Segundo o relatório de 2013 da OMS sobre a epidemia mundial do tabagismo, um terço da população mundial atualmente está coberta por medidas de controle do tabaco. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85382/1/WHO_NMH_PND_13.2_spa.pdf. Acesso em 08/05/2014.

A questão, portanto, é saber se a lei foi além do permissivo constitucional.

2. A liberdade de expressão comercial e o modelo norte-americano

A ação inspira-se no modelo norte-americano, que enfatiza a liberdade de expressão comercial (commercial free speech), na esteira de julgamentos da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Com efeito, a Suprema Corte norte-americana construiu uma tradição extremamente liberal em matéria de liberdade de expressão, estendendo-a à publicidade comercial. Uma sucessão de julgados foi iniciada em 1970, com o caso *Virginia Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.*, no qual a Corte colocou a publicidade comercial sob a tutela da Primeira Emenda. Seguiu-se o caso *44 Liquormart v. Rhode Island*, de 1996, em que foi cerceada uma legislação de Rhode Island, que limitava anúncios de bebidas alcoólicas. O argumento principal do tribunal foi que as intervenções do Estado na liberdade publicitária das empresas obedeciam a inspirações paternalistas. Em 2001, no caso *Lorillard Tobacco Company v. Reilly*, o tribunal decidiu que a exibição de publicidade ao ar livre de produtos derivados do tabaco não estava adstrita a ficar a mais de 1.000 pés (aproximadamente 300 metros) de escolas e parques, conforme estabelecia um regulamento estatal, porque era uma distância excessiva, considerando-se a concentração urbana. Na sua última decisão, em 2011, no caso *Sorrell v. IMS Health*, o tribunal praticamente revogou uma decisão de 1980, adotada em *Central Hudson v. Public Service Commission*, na qual fora construído um critério de quatro requisitos que permitia ponderar os interesses em confronto quando o governo praticasse uma intervenção

regulamentadora, afligindo a liberdade publicitária.

Ninguém duvida que a liberdade de expressão é irrevogável conquista civilizatória. Cabem, todavia, dois questionamentos: a) será a publicidade comercial uma lúdima manifestação da liberdade de expressão? b) a tradição norte-americana nessa matéria é *tout court* aplicável no Brasil?

3. Uma nova visão: o exemplo colombiano

Embora seja exemplar e admirada, a tradição constitucional dos Estados Unidos não pode ser, pura e simplesmente, transposta para o Brasil. Nós temos uma Constituição mais de duzentos anos mais nova, que não se limita, como é o caso da Constituição dos Estados Unidos, a afirmar direitos de defesa do cidadão frente ao Estado. A Constituição brasileira contempla direitos individuais e políticos (direitos fundamentais de primeira geração), mas também direitos sociais, culturais e econômicos (segunda geração) e direitos de solidariedade ou fraternidade (terceira geração).

Temos outras fontes de inspiração mais adequadas ao nosso caso, em países cujas Constituições guardam paralelo com a brasileira.

A Constituição da Colômbia, de 1991, contempla um capítulo de direitos sociais, econômicos e culturais. Assim como o Brasil, a Colômbia tem uma lei que proíbe a publicidade de tabaco. E, tal como aqui, na Colômbia foi arguida a inconstitucionalidade da lei. A ação colombiana foi julgada pela *Sentencia C-830/10*, da qual serão destacadas algumas passagens.

O principal fundamento da ação foi que a proibição de publicidade e promoção de tabaco afetava a livre iniciativa. A Corte considerou que a Constituição estabelece um regime social de mercado, no qual a

liberdade de empresa e a livre iniciativa são garantidos, mas não se constituem como direitos fundamentais. O Estado está autorizado a intervir na economia, desde que o faça mediante lei, sem afetar o núcleo essencial da liberdade de empresa, por motivos justificáveis, em conformidade com o princípio da solidariedade, e pautando-se por critérios de razoabilidade e proporcionalidade. A publicidade, particularmente, foi analisada no nível constitucional sob três aspectos: como modalidade de liberdade da empresa, na sua relação com os direitos do consumidor, e como discurso constitucionalmente reconhecido. Sob o primeiro aspecto, o tribunal considerou que a publicidade é suscetível do mesmo grau de intervenção que as atividades econômicas em geral. Frente ao direito dos consumidores de livremente escolher suas opções de consumo, com garantias de qualidade e de segurança, a decisão enfatizou que a publicidade é um ponto crítico, haja vista sua finalidade persuasiva.

Quanto ao terceiro aspecto, foi ressaltado que a publicidade comercial, em princípio, está acobertada pela liberdade de expressão, mas não podem ser ignorados os enfoques precedentes. Por conseguinte, a publicidade comercial pode sofrer restrições nos casos em que o Estado possa legitimamente intervir na economia e por necessidade de proteção ao consumidor. O acórdão acrescenta que as limitações à publicidade podem ser particularmente intensas, chegando mesmo à proibição, quando determinada atividade econômica, apesar de ser exercida licitamente, deve ser desestimulada, por causar prejuízos sociais. Nesse caso, o legislador pode conformar um mercado passivo, caracterizado pela correlativa legalidade da produção e comercialização de um produto e a formulação de políticas públicas destinadas a desincentivar o seu consumo. Essa opção pode ser preferível à proibição

da atividade econômica respectiva, o que poderia propiciar a criação de um mercado negro.

A decisão colombiana tem elementos comparativos muito aproximados com o Brasil, haja vista a similitude dos regimes constitucionais. Já a impropriedade da importação pura e simples do modelo norte-americano não é, simploriamente, uma visão de terceiro mundo. Na Inglaterra, a Corte Superior do Reino Unido, julgando ação contrária à proibição da publicidade de tabaco, exceto nos pontos de venda,⁴ rejeitou comparações com casos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos (*Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc. e Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*), devido aos diferentes contextos constitucionais.⁵

Mesmo nos Estados Unidos, a jurisprudência da Suprema Corte em matéria de commercial free speech não é aceita sem reservas. Quando as peculiaridades do caso permitem, os tribunais inferiores julgam com critérios divergentes. Em 2012, por exemplo, o Tribunal de Recursos da Sexta Circunscrição (um tribunal federal de recursos um nível abaixo da Suprema Corte) acolheu quase todas as restrições à publicidade de produtos derivados de tabaco constantes no *Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act*, de 2009.

4 Proibição introduzida pelo Tobacco Advertising and Promotion Act, de 2002, que dispõe: "2. Prohibition of tobacco advertising. (1) A person who in the course of a business publishes a tobacco advertisement, or causes one to be published, in the United Kingdom is guilty of an offence. (2) A person who in the course of a business prints, devises or distributes in the United Kingdom a tobacco advertisement which is published in the United Kingdom, or causes such a tobacco advertisement to be so printed, devised or distributed, is guilty of an offence. (3) Distributing a tobacco advertisement includes transmitting it in electronic form, participating in doing so, and providing the means of transmission". Em tradução livre: "2. Proibição da publicidade de tabaco. (1) Quem, no desenvolvimento de um negócio, fizer publicidade de tabaco, ou levar alguém a fazê-la no território do Reino Unido, será considerado culpado por um delito. (2) Quem, no desenvolvimento de um negócio, imprimir, criar ou distribuir, no território do Reino Unido, publicidade de tabaco que é divulgada no Reino Unido, ou levar alguém a imprimir criar ou distribuir publicidade desse produto, ser[á considerado culpado por um delito. (3) Distribuir publicidade de tabaco inclui a transmissão por meio eletrônico, colaborar para essa transmissão ou prover meios para que ela ocorra".

5 [2004] All ER (D) 91.

4. A constituição brasileira e o diálogo transconstitucional

A Constituição brasileira, como já foi referido acima, vai muito além da Constituição norte-americana no reconhecimento de direitos, especialmente porque inclui os direitos fundamentais de segunda e de terceira geração. Sem necessidade de maior demonstração, basta citar o art. 196, que define a saúde como direito de todos e dever do Estado, direito a ser “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”. O Estado deve propor e implementar políticas de natureza social e também de natureza econômica com a finalidade de reduzir o risco de doenças. É no cumprimento desse dever que o Estado adota medidas que visam a redução do tabagismo. Embora tenhamos precariedade de dados sobre o impacto econômico do tratamento das doenças tabaco relacionadas, estima-se que 7,7% dos custos de todas as internações e tratamentos de quimioterapia pagos pelo SUS em 2007 foram devidos ao fator de risco do tabaco.⁶ Um estudo de 2011, que atualizou dados coletados de 2008, concluiu que o custo total do tabagismo para o sistema de saúde pública no Brasil foi de aproximadamente 21 bilhões de reais, enquanto que, no mesmo ano, o setor do tabaco pagou de impostos federais 6,3 bilhões de reais. Portanto, gasta-se em saúde pública no tratamento de doenças relacionadas ao tabaco três vezes mais do que a indústria paga em impostos.⁷

Uma das medidas recomendadas pela Convenção Quadro para o Controle do Tabaco para a redução do tabagismo é a proibição da publicidade, medida que vigora no Brasil desde 2011. Pois nos últimos oito anos

caiu em 28% a parcela da população brasileira fumante acima dos 18 anos, segundo pesquisa do Ministério da Saúde divulgada pelo Instituto Nacional do Câncer.⁸ Não deve ser mera coincidência. Não só a proibição da publicidade é uma causa efetiva de redução do tabagismo, como a medida é bem recebida pela população. Em pesquisa Datafolha realizada em 2011, 86% dos entrevistados declarou-se a favor da proposta de proibir os fabricantes de propaganda e promoção de cigarros junto aos jovens.⁹

Apesar de ser efetiva na prática, a proibição da publicidade de tabaco sofre oposição porque, segundo alguns entendimentos, inclusive o que embasa a ADI 3.311, a Constituição só admite restrições à comunicação publicitária dos produtos e serviços que menciona no art. 220, § 4º. Esses entendimentos ignoram os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e a coerência da sua política de combate ao tabagismo, alinhada com tais compromissos.

Conforme já foi ressaltado, o Brasil é signatário da CQCT, formalmente ratificada pelo Decreto Legislativo 1.012, de 27/10/2005, e promulgada pelo Presidente da República pelo Decreto 5.568, de 02/01/2006. Como tratado de direitos humanos que é, a CQCT, independentemente do rito legislativo observado na sua aprovação, deve ser considerada materialmente constitucional, sendo recepcionada com hierarquia de emenda, por força do da abertura do catálogo dos direitos fundamentais (art. 5º, § 2º, CF).¹⁰

8 Conforme: http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/agencianoticias/site/home/noticias/2014/percentual_fumantes_brasil_cai_mais_uma_vez_vigitel. Acesso em 08/05/2014.

9 Dados obtidos em: http://actbr.org.br/uploads/conteudo/620_ACT_DATAFOLHA_propaganda.pdf. Acesso em 08/05/2014.

10 Pela abertura material do catálogo dos direitos fundamentais: SARLET, Ingo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 284-285; pela força expansionista do art. 5º, § 2º: PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52; por uma interpretação não acanhada do mesmo dispositivo: REZEK, Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. Revista de Informação Legislativa, nº 162, abr.-jun. 2004; pela desnecessidade da aprovação formal, nos termos da EC 45, dos tratados de direitos humanos que instituem direitos materiais: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 764=765; no mesmo sentido, TAVARES, André Ramos. Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a Justiça: comentários completos à EC 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005, p.

6 Conforme o Instituto Nacional do Câncer. Disponível em: http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/observatorio_controle_tabaco/site/home/dados_numeros/mortalidade. Acesso em 08/05/2014.

7 Dados obtidos em: http://actbr.org.br/uploads/conteudo/721_Relatorio_Carga_do_tabagismo_Brasil.pdf. Acesso em 8/05/2014.

Embora a recepção interna dos tratados internacionais seja matéria complexa e sujeita a entendimentos variados, não se pode ficar alheio, nos dias de hoje, aos efeitos da globalização. Os países convivem com problemas comuns na esfera das relações exteriores, que afetam diretamente a realidade interna. Muitos desses problemas requerem soluções concertadas, que são concebidas em fóruns internacionais permanentes (podem ser citados, como exemplos, a OMC, a OIT e a OMS). Desses fóruns resultam tratados e convenções que obrigam os países signatários. É o caso do tabagismo, um problema de saúde mundial, para cujo combate a CQCT dispõe uma série de medidas, tais como o aumento de preços e impostos, o controle do contrabando, a proteção contra a exposição da fumaça e a proibição da publicidade, entre outras. Na medida em que as obrigações derivadas de tratados e convenções são compatíveis com os valores e objetivos constitucionais, os países devem implementar internamente as medidas concertadas no plano internacional. A implementação dessas medidas se faz mediante diretrizes editadas e acompanhadas pelas Conferências das Partes (COPs), as quais têm força vinculativa para os Estados participantes.¹¹

Esse diálogo entre países se passa num plano transconstitucional, gerando uma supranacionalidade de contatos entre ordens jurídicas diferentes. Como são todas soberanas, as ordens nacionais não se subordinam a nenhuma espécie de hierarquia, mas verificam-se recíprocas influências, determinantes da releitura de normas internas, especialmente quando se trata de direitos humanos.¹²

47-48.

11 Para perfeita compreensão dos mecanismos de implementação da CQCT: VEDOVATO, Luís Renato; VEDOVATO, Tatiana Giovanelli; SPERANDIO, Ana Maria Girotti. O papel do direito internacional na legislação interna sobre o controle do tabaco. *Revista de Direito Sanitário*, vol. 13, nº 3, nov. 2012 - fev. 2013, p. 150-175.

12 Sobre transconstitucionalismo: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: VMF Martins Fontes, 2009.

Na jurisprudência, essas influências transparecem quando um tribunal nacional cita como reforço argumentativo decisões de tribunais de outros países. A Corte Constitucional da Colômbia, na *Sentencia C-830/10*, fez extensa análise da jurisprudência da Suprema Corte sobre a liberdade do discurso comercial. A Suprema Corte de Apelação da África do Sul citou decisão da Suprema Corte do Canadá no caso *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*¹³ Estava em julgamento a lei sul-africana que proibiu a publicidade e a promoção do cigarro.¹⁴ A decisão foi pela improcedência da ação que alegava a inconstitucionalidade da lei.¹⁵

Conclusão

A questão do tabaco é relevante por si mesma, mas também diz muito sobre o conflito entre interesses econômicos e valores constitucionais. De um lado, está a liberdade de expressão, usada como argumento de fachada para a defesa da publicidade que, em essência, é uma manifestação comercial. De outro, está o direito à saúde, em perspectiva coletiva e em íntima conexão com o princípio da solidariedade e a justiça social, ameaçado pelos efeitos nocivos do tabaco. Espera-se que o STF julgue de acordo com o primado dos valores constitucionais, e de preferência que o faça logo.

13 Um dos trechos citados foi: "When commercial expression is used ... for the purpose of inducing people to engage in harmful and addictive behaviour, its value becomes tenuous"; (em tradução livre: "quando uma expressão comercial é usada ... com o propósito de induzir pessoas a um comportamento vicioso e nocivo, o seu valor é atenuado").

14 Dispõe a lei: "No person shall advertise or promote, or cause any other person to advertise or promote, a tobacco product through any direct or indirect means, including through sponsorship of any organisation, event, service, physical establishment, programme, project, bursary, scholarship or any other method" (em tradução livre: "Ninguém poderá fazer publicidade ou promoção, nem fazer com que outra pessoa faça publicidade ou promoção de um produto derivado do tabaco, por qualquer meio direto ou indireto, incluindo patrocínio de qualquer espécie de organização, evento, serviço, estabelecimento físico, programa, projeto, bolsa acadêmica ou qualquer outro método").

15 *BATSA v Minister of Health* (463/2011) [2012] ZASCA 107 (20 June 2012).

Constitucionalidade das embalagens de cigarro padronizadas no Brasil: aspectos constitucionais a *partir do exemplo* australiano

Sumário

Introdução, 1. Embalagem como publicidade, 2. A constitucionalidade da padronização das embalagens frente à CF/88, 3. O exemplo australiano, Considerações finais, Referências bibliográficas.

Palavras-chave

produto perigoso - cigarro - embalagem padronizada - CQCT - liberdade - publicidade - consumo.



Fernanda Nunes Barbosa

Doutoranda em Direito Civil pela UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Professora dos cursos de Pós-Graduação lato sensu em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais da UFRGS e em Direito Civil-Constitucional do CEPED – UERJ. Advogada.

Introdução

Ao analisar o constitucionalismo brasileiro nestes 25 anos de promulgação da chamada Constituição Cidadã, António Manuel Hespanha faz uma alusão à sua vanguarda, a qual superaria o discurso europeu e mesmo o americano, uma vez que

na origem dessa nova perspectiva crítica está a ideia social e politicamente militante de que a dogmática jurídica e aqueles que a cultivam devem estar comprometidos com objetivos de política social; não interessando tanto o sentido em que estes são concretizados, mas o simples fato de se reconhecer que o direito e os juristas devem responder aos problemas da sociedade.¹

Assim, a uma dogmática individualista, liberal e formalista ainda presente no discurso jurídico europeu, se contraporía um renovado discurso constitucional, que atribuiria ao Judiciário “um poder muito vasto para desenvolver a Constituição”.² Constituição esta também renovada nas demandas - que são plurais e por vezes mesmo contraditórias - mas que deve encontrar nos juristas e nos julgadores a sensibilidade necessária para responder aos problemas sociais³ com amparo no metavalor estabelecido por esta mesma constituição: a dignidade da pessoa humana.

Essa sensibilidade do jurista tem sido cada vez mais demandada em questões atinentes à saúde pública e à proteção dos vulneráveis, que vão de temas como a

concessão gratuita de medicamentos pela administração pública às discussões em torno das limitações ao tabaco. Os problemas que surgem para solução do intérprete no que tange às restrições aos produtos tabaco-relacionados passam pela consideração de que se trata de produto perigoso, mas de livre comercialização, e a respeito do qual diversas demandas já foram travadas nos tribunais brasileiros.⁴

Muitas são as razões pelas quais os países membros da Organização Mundial da Saúde (OMS) escolheram o controle do tabagismo como tema de seu primeiro tratado internacional de saúde, a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT), ratificada por mais de 170 países dentre os quais o Brasil (Decreto nº 5.658/2006). Entre as medidas lá previstas para a redução da epidemia tabagística que hoje se vive, o controle quanto às práticas de publicidade e propaganda se destaca, a exemplo do previsto no art. 11 da Convenção, in verbis:

Embalagem e etiquetagem de produtos de tabaco

1. Cada Parte, em um período de três anos a partir da entrada em vigor da Convenção para essa Parte, adotará e implementará, de acordo com sua legislação nacional, medidas efetivas para garantir que:

(a) a embalagem e a etiquetagem dos produtos de tabaco não promovam produto de tabaco de qualquer forma que seja falsa, equivocada ou enganosa, ou que possa induzir ao erro, com respeito a suas características, efeitos para a saúde, riscos ou emissões, incluindo termos ou

¹ HESPANHA, António Manuel. *As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n. 56, p. 13-21, 2012, p. 15.

² Idem, p. 20.

³ Marcelo NEVES, em coluna intitulada Supremo Tribunal Federal versus Supremo tabagismo federal, alerta para o perigo de que “o Judiciário, inclusive o STF, torne-se refém e instrumento banalizado da ação estratégica da economia do tabaco, em detrimento da consistência jurídica e em descrédito do próprio Judiciário”. Revista eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2014-abr-19/observatorio-constitucional-supremo-tribunal-federal-versus-supremo-tabagismo-federal]. Acesso em: 19 de abril de 2014.

⁴ Destaca-se a importância da ADIN 3.311, sobre a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Federal nº 9.294, de 15.07.1996, que dispõe “sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal”, com as modificações que lhe foram dadas pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000, e pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 23.08.2001, bem como da ADIN 4.874, sobre a inconstitucionalidade da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 14, de 15 de março de 2012, da ANVISA.

expressões, elementos descritivos, marcas de fábrica ou de comércio, sinais figurativos ou de outra classe que tenham o efeito, direto ou indireto, de criar a falsa impressão de que um determinado produto de tabaco é menos nocivo que outros. São exemplos dessa promoção falsa, equívoca ou enganosa, ou que possa induzir a erro, expressões como “*low tar*” (baixo teor de alcatrão), “*light*”, “*ultra light*” ou “*mild*” (suave); e

(b) cada carteira unitária e pacote de produtos de tabaco, e cada embalagem externa e etiquetagem de tais produtos também contenham advertências descrevendo os efeitos nocivos do consumo do tabaco, podendo incluir outras mensagens apropriadas. Essas advertências e mensagens:

(i) serão aprovadas pela autoridade nacional competente; (ii) serão rotativas; (iii) serão amplas, claras, visíveis e legíveis; (iv) ocuparão 50% ou mais da principal superfície exposta e em nenhum caso menos que 30% daquela superfície; (v) podem incluir imagens ou pictogramas.

2. Cada carteira unitária e pacote de produtos de tabaco, e cada embalagem externa e etiquetagem de tais produtos deverá conter, além das advertências especificadas no parágrafo 1(b) do presente Artigo, informações sobre os componentes e as emissões relevantes dos produtos de tabaco, tais como definidos pelas autoridades nacionais competentes.

3. Cada Parte exigirá que as advertências e a informação especificada nos parágrafos 1(b) e 2 do presente artigo figurem – em cada carteira unitária, pacote de produtos de tabaco, e em cada embalagem externa e etiquetagem de tais

produtos – em seu idioma, ou em seus principais idiomas.

4. Para os fins deste Artigo, a expressão “embalagem externa e etiquetagem”, em relação a produtos de tabaco, aplica-se a qualquer embalagem ou etiquetagem utilizadas na venda no varejo de tais produtos.

Tal previsão decorre do crescente e visível investimento da indústria em embalagens de cigarro cada vez mais atraentes e sedutoras, muitas vezes vendidas com brindes, em edições limitadas, cuja comunicação visual frequentemente se confunde com famosos produtos de bomboniere. É nesse contexto que a adoção de embalagem padronizada para produtos de tabaco se faz necessária,⁵ ao melhor exemplo do que hoje se pratica na Austrália, conforme se examinará neste breve artigo.

1. Embalagem como publicidade

Embalagem é “um recipiente ou envoltura que armazena produtos temporariamente, individualmente ou agrupando unidades, tendo como principal função protegê-lo e estender o seu prazo de vida (*shelf life*), viabilizando sua distribuição, identificação e consumo.”⁶ Ainda conforme a Associação Brasileira de Embalagem (ABRE), “Frente ao ambiente de mercado competitivo, a embalagem tornou-se estratégica para a competitividade dos negócios no que diz respeito à eficiência de envase, distribuição e venda.” E, por fim, “A embalagem reflete a cultura de uma sociedade e o estágio de desenvolvimento econômico social de uma nação.”⁷

⁵ Sobre o tema escrevemos, em parceria com Clarissa Menezes HOMSI, comentário de legislação: Projeto de Lei do Senado que cria a embalagem genérica para produtos de tabaco, publicado em Revista de Direito do Consumidor, ano 22, v. 85, pp. 317-322, jan./fev. 2013.

⁶ Dados disponíveis em: [<http://www.abre.org.br/setor/apresentacao-do-setor/a-embalagem>]. Acesso em: 26 de abril de 2014.

⁷ Dados disponíveis em: [<http://www.abre.org.br/setor/apresentacao-do-setor/a-embalagem>].

A partir das definições supra, provenientes do próprio mercado, não restam dúvidas de que a embalagem é uma forma de publicidade, e como tal encontra, no ordenamento jurídico nacional, especialmente após o advento do Código de Defesa do Consumidor de 1990, regulamentação específica imposta não só pelo poder normativo do Estado mas pelo próprio setor, mormente por atuação do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR).⁸ Atualmente, as limitações impostas à publicidade, seja pelo Estado, seja pelo próprio setor são significativas, afirmando-se a intolerabilidade do antigo *dolus bonus*, traduzido na astúcia natural de todo comerciante.⁹

passando a haver um desequilíbrio mais do que evidente não só nas relações patrimoniais mas também naquelas de marcado caráter existencial.

A embalagem padronizada de cigarros, nesse passo, significa uma padronização em termos de forma, tamanho, modo de abertura, cor e fonte da embalagem, que também será livre de marcas, design e logos. O nome da marca é, portanto, padronizado quanto ao local em que aparece, tamanho, cor e tipo de fonte. As advertências sanitárias e os selos da receita federal e demais instrumentos definidos para evitar contrabando também permanecem. Isso tudo como forma de evitar a “publicidade e promoção do tabaco”, vista como “qualquer forma de comunicação, recomendação ou ação comercial com o objetivo, efeito ou provável efeito de promover, direta ou indiretamente, um produto do tabaco ou o seu consumo”,¹¹ uma vez que se trata de produto perigoso e mesmo letal.

É nesse cenário que figura o problema das embalagens de cigarro. Se a astúcia do comerciante pode ter sido vista, no passado, como parte legítima da estratégia de venda de produtos e de prestação de serviços, o fato é que tal visão não corresponde mais à realidade da ética contemporânea, na qual o poder dos mercados deve ser restringido sob pena de corromper-se a própria noção de cidadania. Conforme pertinente alerta de Michel Sandel, se deixarmos de ser apenas uma economia de mercado para nos assumirmos como uma sociedade de mercado, todas as relações estarão monetarizadas,¹⁰

No Brasil, o Projeto de Lei nº 154 do Senado Federal visava justamente alterar a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para instituir embalagens padronizadas para produtos de tabaco, forte na compreensão de que uma *economia* de mercado não pressupõe uma *sociedade* de mercado,

embalagem]. Acesso em: 26 de abril de 2014.

⁸ O CONAR é uma associação sem fins lucrativos, fundada em 1980, na qual o poder normativo é expresso por meio de um Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, pelo Regimento Interno do Conselho de Ética e por Súmulas de Jurisprudência, os quais devem se fazer cumprir por todos seus associados. Disponível em: [http://www.conar.org.br]. Acesso em: 05 de maio de 2014.

⁹ Sobre o tema da publicidade, veja-se por todos Adalberto PASQUALOTTO. Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, esp. p. 71.

¹⁰ SANDEL, Michael. O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. Exemplos como a “venda” de lugar em fila para acesso a serviços públicos ou mesmo audiências públicas para discussão ou votação de projetos de lei no Parlamento de importância para a sociedade (como aqueles que envolvem saúde pública versus grandes indústrias) são apontados por Sandel, em crítica a este poder que hoje se encontra no mercado [e não mais no Estado], uma vez que ele acarreta reflexos bastante negativos nos limites morais de cada sociedade. Ob. cit., pp. 14-15.

¹¹ Assim em: Parte I: Introdução, Artigo 1, “Uso de termos”, da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5658.htm]. Acesso em: 03 de maio de 2014.

na qual as regras são ditadas exclusivamente pelo poder econômico. Todavia, em 17 de julho de 2013 e nos termos do artigo 256 do Regimento Interno do Senado Federal, o projeto foi retirado pelo relator, encontrando-se, atualmente, na Secretaria do Arquivo desde 19 de julho de 2013,¹² o que frustra sobremaneira as expectativas da sociedade brasileira sobre a real intenção do Poder Legislativo de fazer valer os valores constitucionais e os compromissos internacionais no que tange ao tema da saúde pública e do controle da epidemia tabagística.

2. A constitucionalidade da padronização das embalagens frente à CF/88

A partir do quadro normativo no qual se destacam os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e da solidariedade social (art. 3º, I, da CF/88), os valores sociais da livre iniciativa, a garantia fundamental da defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, da CF/88), o direito social à saúde (art. 6º da CF/88 e art. 196),¹³ a defesa da livre concorrência e do consumidor como princípios da ordem econômica (art. 170, IV e V, da CF/88) e a liberdade de expressão comercial (art. 220 da CF/88), discute-se no Brasil – assim como em outros países na esteira do exemplo australiano – o merecimento de tutela da chamada “padronização de embalagens de cigarro”.

Defendem as empresas do ramo, amparadas,

12 Disponível em: [http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=105567]. Acesso em: 05 de maio de 2014.

13 Sobre o seu alcance, veja-se o parecer de MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Constitucionalidade das restrições à publicidade de bebidas alcoólicas e tabaco por lei federal. Diálogo e adequação do princípio da livre iniciativa econômica à defesa do consumidor e da saúde pública (art. 170, CF/88). Revista de Direito do Consumidor, vol. 59, p. 197, Jul de 2006 (Revista dos Tribunais Online).

fundamentalmente, no art. 220 da CF/88,¹⁴ a inconstitucionalidade de tal medida, pois, na linha da manifestação da Vice-Presidente de Comunicação da Philip Morris Internacional, ao comentar decisão arbitral da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) sobre a lei australiana que determinou a padronização das embalagens, tal medida ensejaria a destruição das marcas e impediria a comunicação das empresas com seus consumidores. Conforme a Philip Morris, *"It is evident that brands are core to consumers' understanding of the intrinsic characteristics of a product and of their ability to differentiate. Brands drive the creativity and innovation that propel economies."*¹⁵ Além disso, afirma ainda Julie Soderlund que significativos investimentos são feitos pela indústria na marca, a qual leva um longo tempo para ser construída.¹⁶ Defende-se, assim, a livre manifestação da expressão marcária e comercial (para os americanos, o *commercial free speech*).

O discurso da liberdade de expressão, pensamento, criação e informação, no entanto, desconsidera a intrínseca limitação presente no próprio direito que se afirma, decorrente do reconhecimento de que qualquer norma somente pode ser interpretada e aplicada na consideração de todo o ordenamento jurídico, o qual, na

14 O inteiro teor do art. 220 da CF/88 assim prevê: "Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. § 3º - Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. § 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso."

15 Disponível em: [http://investors.pmi.com/phoenix.zhtml?c=146476&p=irol-newsArticle&ID=1918488&highlight=]. Acesso em: 06 de maio de 2014.

16 Disponível em: [http://investors.pmi.com/phoenix.zhtml?c=146476&p=irol-newsArticle&ID=1918488&highlight=]. Acesso em: 06 de maio de 2014.

hipótese vertente, encontra já no próprio art. 220, § 4º, barreira à propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.¹⁷ Estabelece-se, pois, para eles, por expressa disposição da Constituição Federal, que a propaganda comercial de produtos como “tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias” se sujeitará a restrições legais.

Padronizar as embalagens de produto com características nocivas como os acima referidos é uma dessas restrições legais permitidas pelo próprio legislador constituinte, o qual, faz-se importante mencionar, não afastou a possibilidade de restrição total à essa publicidade (ou mesmo a outros produtos não expressamente mencionados), como previsto também pela CQCT em seu art. 13.¹⁸ Em importante

¹⁷ O ponto de partida é sempre o da consideração de que a liberdade é a regra e a restrição a exceção. Assim, nas palavras de Adalberto PASQUALOTTO, “A hipercomplexidade social exige um âmbito de proteção alargado como o único capaz de dar efetividade às liberdades de comunicação, interpretando-se sempre a liberdade como regra e a restrição como exceção.” Publicidade de tabaco e liberdade de expressão. Revista de Direito do Consumidor, v. 82, PP. 11-59, abr./junh. 2012, p. 15.

¹⁸ CQCT, art. 13: “Publicidade, promoção e patrocínio do tabaco: 1. As Partes reconhecem que uma proibição total da publicidade, da promoção e do patrocínio reduzirá o consumo de produtos de tabaco. 2. Cada Parte, em conformidade com sua Constituição ou seus princípios constitucionais, procederá a proibição total de toda forma de publicidade, promoção e patrocínio do tabaco. Essa proibição compreenderá, em conformidade com o entorno jurídico e os meios técnicos de que disponha a Parte em questão, uma proibição total da publicidade, da promoção e dos patrocínios além-fronteira, originados em seu território. Nesse sentido, cada Parte adotará, em um prazo de cinco anos a partir da entrada em vigor da presente Convenção para essa Parte, medidas legislativas, executivas, administrativas e/ou outras medidas apropriadas e informará sobre as mesmas, em conformidade com o Artigo 21. 3. A Parte que não esteja em condições de proceder a proibição total devido às disposições de sua Constituição ou de seus princípios constitucionais aplicará restrições a toda forma de publicidade, promoção e patrocínio do tabaco. Essas restrições compreenderão, em conformidade com o entorno jurídico e os meios técnicos de que disponha a Parte em questão, a restrição ou proibição total da publicidade, da promoção e do patrocínio originados em seu território que tenham efeitos na além-fronteira. Nesse sentido, cada Parte adotará medidas legislativas, executivas, administrativas ou outras medidas apropriadas e informará sobre as mesmas em conformidade com o artigo 21. 4. No mínimo, e segundo sua Constituição ou seus princípios constitucionais, cada Parte se compromete a: (a) proibir toda forma de publicidade, promoção e patrocínio do tabaco, que promova um produto de tabaco por qualquer meio, que seja falso, equivocado ou enganoso ou que possa induzir ao erro, a respeito de suas características, efeitos para a saúde, riscos e emissões; (b) exigir que toda publicidade de tabaco e, quando aplicável, sua promoção e seu patrocínio, venha acompanhada de advertência ou mensagem sanitária ou de outro tipo de mensagem pertinente; (c) restringir o uso de incentivos diretos ou indiretos, que fomentem a compra de produtos de tabaco pela população; (d) exigir, caso se não tenha adotado a proibição total, a divulgação para as autoridades governamentais competentes, de todos os gastos da indústria do tabaco em atividades de publicidade, promoção e patrocínios, ainda não proibidos. Essas autoridades poderão divulgar aquelas cifras, de acordo com a legislação nacional, ao público e à Conferência das Partes, de acordo com o Artigo 21; (e) proceder, em um prazo de cinco anos, a proibição total ou, se a Parte não puder impor a proibição total em razão de sua Constituição ou de seus princípios constitucionais, à restrição da publicidade, da promoção e do patrocínio do tabaco no rádio, televisão, meios impressos e, quando aplicável, em outros meios, como a Internet; (f) proibir ou, no caso de uma Parte que não possa fazê-lo em razão de sua Constituição ou de seus princípios constitucionais, restringir o

parecer sobre o tema, Virgílio Afonso da Silva leciona:

[...]. Em suma: restrições a direitos fundamentais (mesmo as totais) que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos, porque a aplicação desse teste de proporcionalidade está associada à idéia de que o grau de proteção ao direito não é definido em abstrato, de forma absoluta, mas em concreto, de forma relativa. Resta portanto saber se uma eventual proibição total da propaganda de produtos do tabaco passa nesse teste.¹⁹

Continuando em sua argumentação, sustenta o constitucionalista a evidente causalidade entre uma intensa restrição à propaganda e a potencial diminuição no número de fumantes, como mostram inúmeras pesquisas de diferentes fontes, inclusive da OMS. E nessa medida, afirma:

Se uma ampla restrição à propaganda fomenta a redução desses números – e não parece haver dúvidas de que fomenta – o grau de realização do direito à saúde e do direito à vida decorrente dessa medida é claramente elevado. Em outras palavras:

patrocínio do tabaco a eventos e atividades internacionais e/ou a seus participantes; 5. As Partes são encorajadas a implementar medidas que vão além das obrigações estabelecidas no parágrafo 4. 6. As Partes cooperarão para o desenvolvimento de tecnologias e de outros meios necessários para facilitar a eliminação da publicidade de além-fronteira. 7. As Partes que tenham proibido determinadas formas de publicidade, promoção e patrocínio do tabaco terão o direito soberano de proibir as formas de publicidade, promoção e patrocínio de além-fronteira de produtos de tabaco que entrem em seus respectivos territórios, bem como aplicar as mesmas penalidades previstas para a publicidade, promoção e patrocínio que se originem em seus próprios territórios, em conformidade com a legislação nacional. O presente parágrafo não apóia nem aprova nenhuma penalidade específica. 8. As Partes considerarão a elaboração de um protocolo em que se estabeleçam medidas apropriadas que requeiram colaboração internacional para proibir totalmente a publicidade, a promoção e o patrocínio de além-fronteira.”

¹⁹ Disponível em: [http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf]. Acesso em: 09 de maio de 2014.

ganha-se muito. E ganha-se muito mesmo que o banimento da propaganda consiga reduzir o número de fumantes em apenas 10% ou algo semelhante.²⁰

Por outro lado, mesmo reconhecendo-se que o grau de restrição imposto aos fabricantes, na hipótese de limitação total, é elevado, “os direitos garantidos constitucionalmente são a liberdade de expressão e a liberdade de comunicação, aos quais o direito à propaganda é atribuído por meio de interpretação.” Ou seja, “se a análise do direito atingido for a análise dos direitos à liberdade de expressão e à liberdade de comunicação, percebe-se claramente que o direito à propaganda constitui apenas uma pequena parte desses direitos, que são muito mais amplos”.²¹ E assim, conclui:

Diante disso, percebe-se que a restrição à propaganda de produtos derivados do tabaco, ainda que total, pode ser considerada uma restrição proporcional, porque tende a realizar em grande medida a proteção à saúde e à vida, restringindo de forma apenas parcial os direitos à liberdade de expressão e à liberdade de comunicação.²²

Portanto, se constitucional mostra-se a restrição total à publicidade de produtos derivados do tabaco, na esteira da sólida construção teórica de Virgílio Afonso da Silva, indiscutível se apresenta também a constitucionalidade de medida que busque a padronização das embalagens que envolvem o

produto tabaco, como forma de promoção da saúde, especialmente de crianças e adolescentes. Isso porque resta evidenciado que crianças e adolescentes se encontram ainda mais expostos à criativa e enganosa mensagem publicitária dessa indústria, de indução ao consumo por parte de um grupo especial de vulneráveis, os quais ainda não têm a necessária maturidade para compreender o caráter enganoso e abusivo do que lhes é transmitido.²³

3. O exemplo australiano

A iniciativa de adotar embalagens padronizadas como estratégia para diminuir o consumo de produto extremamente nocivo e letal à saúde de seus consumidores - e também de não consumidores, os chamados fumantes passivos - foi pioneiramente adotada na Austrália, país onde a medida está em vigor desde dezembro de 2012. Segundo a agência regulatória da Austrália, um estudo mostrou que houve redução de 10% no número de fumantes cerca de um ano após a medida ser adotada.²⁴

Na Austrália, o *Tobacco Plain Packaging Act 2011*, de 01 de dezembro de 2011, “*An Act to discourage the use of tobacco products, and for related purposes*”,²⁵ constitui-se em importante estratégia do governo daquele país para reduzir as taxas de consumo de cigarro, tendo em vista ser a dependência por ele gerada a causa de uma série de doenças que colocam o

20 Disponível em: [http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf]. Acesso em: 09 de maio de 2014.

21 Disponível em: [http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf]. Acesso em: 09 de maio de 2014.

22 Disponível em: [http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf]. Acesso em: 09 de maio de 2014.

23 Confira-se no documentário Criança, a alma do negócio. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=KQQrHH4RrNc]. Acesso em: 04 de maio de 2014.

24 Matéria publicada no Jornal Correio Braziliense, edição de 12 de fevereiro de 2014, intitulada Anvisa quer deixar caixas de cigarros menos atraentes para reduzir fumantes.

25 Disponível em: [http://www.comlaw.gov.au/Details/C2011A00148]. Acesso em: 05 de maio de 2014.

seu consumo como uma das principais causas de morte evitável na Austrália e no mundo.

A despeito de a medida encontrar suporte em tratado internacional ratificado pela Austrália (CQCT) e expressar objetivos daquele país em termos de melhoria da saúde pública,²⁶ o Estado enfrenta uma disputa com a Philip Morris, ora submetida às regras de arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL). O tribunal arbitral, constituído em 15 de maio de 2012 para decidir sobre a alegação de que a Austrália teria violado tratado comercial com Hong Kong, decidiu separar o processo em duas etapas, conforme as alegações das partes sobre a (in)competência do próprio tribunal arbitral e sobre o mérito da demanda, estando ainda pendente de julgamento.²⁷

Por ora, a Austrália segue na linha de frente dos países que buscam aplicar a CQCT e suas normas internas de proteção e promoção da saúde pública, com o estabelecimento de regras que determinaram o uso de embalagem padronizada de cigarro, conforme estabelecido no Capítulo 1, Parte 2, Divisão 1 do Tobacco Plain Packaging Act 2011.²⁸

Considerações finais

O tema da constitucionalidade das embalagens de cigarro padronizadas no Brasil parte do reconhecimento de que embalagem é forma de publicidade, ou seja, que visa a induzir a aquisição de produtos e serviços ofertados no mercado de consumo.

Sob o ponto de vista jurídico-normativo, o Brasil está na vanguarda da proteção de consumidores vulneráveis e hipervulneráveis, tendo em vista a edição de importantes diplomas legais como o Código de Defesa do Consumidor (CDC), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Decreto nº 5.658/2006, que promulgou a Convenção-Quadro para Controle do Tabaco (CQCT), os quais tratam da publicidade tanto no que toca às espécies de ilicitude (enganosidade e abusividade), quanto às restrições a ela impostas, de que é exemplo a recentemente Resolução 163 do CONANDA.

²⁶ Assim previsto no próprio texto da lei, Capítulo 1, Parte 2, item 12.

²⁷ Mais detalhes sobre a demanda podem ser pesquisados em <http://www.ag.gov.au/internationalrelations/internationallaw/pages/tobaccoplainpackaging.aspx>. Acesso em: 02 de maio de 2014. Também enfrenta demanda submetida ao Poder Judiciário daquele país o governo da Austrália. Confira-se em: <http://www.hcourt.gov.au/cases/case-s389/2011> (acesso em 02 de maio de 2014) o Case n. S389/2011. British American Tobacco Australasia Limited and Ors v. The Commonwealth of Australia.

²⁸ Confira-se a íntegra em: <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2011A00148>. Acesso em: 04 de maio de 2014.

Se por um lado, como já se afirmou no debate público, “parte da liberdade está no direito de escolher ir ao ‘inferno’ à sua maneira”, deve-se reconhecer que compete ao Estado, em grande medida, atuar de modo a que os direitos e garantias constitucionais sejam cumpridos na sua máxima potencialidade e que sejam respeitados os compromissos internacionais assumidos. Assim, da mesma forma que o discurso da liberdade de expressão é válido, por outro há de se perceber que a liberdade comercial encontra limitações internas, especialmente se considerados valores como a promoção da saúde e a defesa do consumidor.

Cabe, por fim, registrar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem igualmente afirma o direito à saúde, não se podendo negar que a publicidade de cigarro, nas suas diversas formas, contribui significativamente para uma piora no nível de saúde (e portanto de vida) da população.

Referências Bibliográficas

BARBOSA, Fernanda Nunes e HOMSI, Clarissa Menezes. **Comentário de legislação: Projeto de Lei do Senado que cria a embalagem genérica para produtos de tabaco.** Revista de Direito do Consumidor, ano 22, v. 85, pp. 317-322, jan./fev. 2013.

HESPANHA, António Manuel. **As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n. 56, p. 13-21, 2012.

NEVES, Marcelo. **Supremo Tribunal Federal versus Supremo tabagismo federal.** Revista eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: [<http://www.conjur.com.br/2014-abr-19/observatorio-constitucional-supremo-tribunal-federal-versus-supremo-tabagismo-federal>].

MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Constitucionalidade das restrições à publicidade de bebidas**

alcóolicas e tabaco por lei federal. Diálogo e adequação do princípio da livre iniciativa econômica à defesa do consumidor e da saúde pública (art. 170, CF/88). Revista de Direito do Consumidor, vol. 59, p. 197, Jul de 2006 (Revista dos Tribunais Online).

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Publicidade de tabaco e liberdade de expressão.** Revista de Direito do Consumidor, v. 82, pp. 11-59, abr./junh. 2012.

SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado.** Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

Direito a ambientes de trabalho livres da fumaça do tabaco *como direito fundamental dos trabalhadores*

Sumário

Introdução, 1. Enfoque constitucional e legal sobre o meio ambiente do trabalho, 2. Efeitos nocivos da fumaça do tabaco para a saúde dos trabalhadores, 3. Responsabilidade patronal pelos danos à saúde dos trabalhadores pela exposição à fumaça do tabaco, Referências Bibliográficas.

Palavras-chave

meio ambiente, trabalho, doença, empregador, prevenção, responsabilidade, tabaco, Convenção de Quadros.



Raimundo Simão de Melo

Consultor Jurídico e Advogado. Procurador Regional do Trabalho aposentado. Doutor e Mestre em Direito das relações sociais pela PUC/SP. Professor de Direito e de Processo do Trabalho. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Autor de livros jurídicos, entre outros, "Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador".

Introdução

Objetiva-se com este breve trabalho fazer algumas reflexões sobre o direito a ambientes de trabalho livres da fumaça do tabaco como direito fundamental dos trabalhadores, visando à proteção da sua saúde, bem como examinar algumas normas de proteção à saúde dos trabalhadores, desde as normas constitucionais e legais, bem como a Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, enfocando a responsabilidade dos empregadores e tomadores de serviços, especialmente em bares, restaurantes e noutras atividades em que os trabalhadores ficam expostos à fumaça do cigarro, como, por exemplo, os provadores de cigarros em empresas fabricantes do produto.

1. Enfoque constitucional e legal sobre o meio ambiente do trabalho

Como consagrado em declarações internacionais, o primeiro e mais importante direito fundamental do homem é o direito à vida, suporte para existência e gozo dos demais direitos, sendo necessário, porém, assegurar os seus pilares básicos de sustentação, que são o trabalho e a saúde, não qualquer trabalho, mas um trabalho digno, seguro e sadio em condições que não degradem a integridade físico-psíquica do trabalhador.

Neste aspecto não é demais lembrar que o art. 1º da Constituição Federal do Brasil estabelece como fundamentos, entre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e o art.170, que trata da ordem econômica, diz que

esta está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados a defesa do meio ambiente e o pleno emprego.

O art. 6º da mesma Carta elenca como direitos sociais¹ a educação, a saúde, o **trabalho**, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Quanto ao meio ambiente no geral, de forma ímpar e contundente o art. 225 da Carta Magna brasileira estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Para assegurar a efetividade desse direito incumbe ao Poder Público (§ 1º) promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente (inc. VI), sendo que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (§ 3º).

O art. 196 da mesma Carta Maior diz que a saúde é

¹ Esse direitos são considerados piso vital mínimo, como frequentemente tem sustentado o Professor Fiorillo.

direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos para o ser humano, o que é complementado pelo art. 200 do diploma constitucional, que atribui ao Sistema Único de Saúde (SUS) competência para, além de outras atribuições, nos termos da lei, executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de **saúde do trabalhador** e colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Quer dizer, meio ambiente do trabalho também é meio ambiente e está submetido aos princípios e regras que norteiam a nova disciplina do Direito Ambiental brasileiro, cabendo lembrar que os danos ao meio ambiente do trabalho, como regra, **atingem diretamente o ser humano trabalhador**, de maneira que a importância deste aspecto do meio ambiente deve ser enaltecido na busca da prevenção dos danos para os trabalhadores, que, quase sempre são irreversíveis e irreparáveis, bastando imaginar a situação de um trabalhador que adquire doença pulmonar grave chamada de pneumotórax pela inalação da fumaça do cigarro.

Na esfera infraconstitucional temos como importante, na preservação dos riscos no meio ambiente, a Lei 6.938/81, cujo inc. III do art. 3º é de grande importância para o Direito do Trabalho, quando define a poluição como sendo a degradação da qualidade

ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população.

Quanto ao meio ambiente do trabalho, nos aspectos preventivos e reparatórios, o art. 7º da Constituição Federal estabelece que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, em primeiro lugar, a **redução dos riscos inerentes ao trabalho**, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (XXII) e em segundo, mas não menos importante, o inc. XXVIII sobre o seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

São apenas alguns exemplos de tutela constitucional do meio ambiente do trabalho e da saúde do trabalhador, pois todos esses dispositivos visam à eliminação ou pelo menos a redução dos riscos para a saúde e vida dos trabalhadores.

As Constituições estaduais também se preocuparam com a tutela do meio ambiente do trabalho e da saúde dos trabalhadores, sendo exemplo a do Estado de São Paulo, que no art. 229 preconiza que:

“Compete à autoridade estadual, de ofício ou mediante denúncia de risco à saúde, **proceder à avaliação das fontes de risco no ambiente de trabalho** e determinar a adoção das devidas providências para que cessem os motivos que lhe deram causa” (grifados).

§ 2º - “Em condições de **risco grave ou iminente** no local de trabalho, será lícito ao empregado interromper suas atividades, sem

prejuízo de quaisquer direitos, até a eliminação do risco” (grifados).

§ 3º - “O **Estado atuará para garantir a saúde e a segurança dos empregados** nos ambientes de trabalho” (grifados).

Recepcionada pela Constituição temos a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que no Cap. V trata da segurança e medicina do trabalho, além da Portaria 3.214/77, do Ministério do Trabalho, que por meio de várias Normas Regulamentadoras (NRs) cuida da proteção do meio ambiente do trabalho, visando à integridade física e psíquica dos trabalhadores.

Ainda na CLT existem outros artigos de grande importância para a defesa do meio ambiente do trabalho e da saúde dos trabalhadores, como o art. 160, que reza:

“**Nenhum estabelecimento poderá iniciar suas atividades sem prévia inspeção** e aprovação das respectivas instalações pela autoridade regional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho (grifados).

Esse dispositivo está em consonância com a Constituição Federal, que no art. 225, § 1º, IV exige **estudo prévio de impacto ambiental** em determinadas atividades perigosas.

Ainda na CLT temos o art. 156, que estabelece:

“Compete especialmente às **Delegacias Regionais do Trabalho**, nos limites de sua jurisdição (grifados):

I - promover a **fiscalização** do cumprimento das normas de segurança e medicina do

trabalho (grifados);

II - adotar as **medidas** que se tornem exigíveis, em virtude das disposições deste Capítulo, determinando as obras e reparos que, em qualquer local de trabalho, se façam necessárias (grifados);

III - impor as **penalidades** cabíveis por descumprimento das normas constantes deste Capítulo, nos termos do artigo 201” (grifados).

Art. 157, por sua vez, diz que:

“**Cabe às empresas** (grifados):

I - **cumprir** e fazer cumprir **as normas** de segurança e medicina do trabalho (grifados);

II - **instruir os empregados**, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais (grifados);

III - **adotar as medidas** que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente (grifados);

IV - **facilitar** o exercício da **fiscalização** pela autoridade competente” (grifados).

Arremata o art. 158, que:

“**Cabe aos empregados:**

I - **observar as normas** de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior (grifados);

II - **colaborar com a empresa** na aplicação dos dispositivos deste Capítulo (grifados).

Parágrafo único - **Constitui ato faltoso** do

empregado **a recusa** injustificada (grifados):

a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior (grifados);

b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa”.

O art. 161 da CLT, sem dúvida alguma, retrata um dos mais efetivos instrumentos de proteção da saúde dos trabalhadores, estabelecendo que:

“O Delegado Regional do Trabalho, à vista do laudo técnico do serviço competente que demonstre **grave e iminente risco** para o trabalhador, poderá interditar estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, ou embargar obra, indicando na decisão, tomada com a brevidade que a ocorrência exigir, as providências que deverão ser adotadas para prevenção de infortúnios de trabalho” (grifados).

A lei previdenciária também incluiu normas de proteção à saúde dos trabalhadores, como se vê do art. 19 (Lei 8.213/91), *in verbis*:

“Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho”.

§ 1º - “**A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais** de proteção e segurança da saúde

do trabalhador” (grifados).

§ 2º - “Constitui **contravenção penal**, punível com multa, **deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho**” (grifados).

§ 3º - “**É dever da empresa prestar informações** pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular” (grifados).

Observa-se que a lei brasileira estabelece a obrigação do empregador de adotar medidas coletivas e individuais de proteção dos riscos nos ambientes de trabalho e de prestar informações aos trabalhadores sobre esses nas atividades que desenvolvem. Não agindo o empregador desta forma, resta caracterizada a culpa patronal pelos agravos à saúde dos trabalhadores, não bastando, para se isentar desta responsabilidade, apenas o fornecimento de EPIs, uma vez que estes apenas visam proteger dos riscos, mas não preveni-los. A prevenção se dá com as medidas coletivas, servindo os EPIs como instrumentos complementares, especialmente em determinadas atividades em que os riscos são sempre presentes, independentemente das medidas coletivas adotadas.

Cabe lembrar que a obrigação preventiva dos tomadores de serviços com a adoção de medidas coletivas e individuais aplica-se em relação aos seus empregados diretos e, igualmente, aos terceirizados, porque neste aspecto a responsabilidade do prestador e do tomador de serviços é solidária.

É fácil notar apenas com base nestes dispositivos constitucionais e legais apontados que em termos de proteção legal o Brasil é um dos países mais avançados do mundo sobre a tutela da saúde e qualidade de vida dos trabalhadores, embora, na prática ainda são muito preocupantes os índices acidentários e de doenças ocupacionais.

2. Efeitos nocivos da fumaça do tabaco para a saúde dos trabalhadores

Cientificamente não existe mais dúvida sobre os efeitos nocivos do uso do tabaco para a saúde humana, tanto para os fumantes ativos como para quem recebe os efeitos da fumaça como fumante passivo. É o caso do trabalhador, fumante ou não fumante, que durante a jornada de trabalho fica exposto à fumaça de cigarros no ambiente de trabalho.

É por isso que a Convenção Quadro sobre o controle do tabaco recomenda no seu art. 8º a proteção contra a exposição à fumaça do tabaco nos locais de trabalho, no transporte público e nos lugares fechados, nos seguintes termos:

“Proteção contra a exposição à fumaça do tabaco. 1. As Partes reconhecem que a ciência demonstrou de maneira inequívoca que a exposição à fumaça do tabaco causa morte, doença e incapacidade. 2. **Cada parte adotará e aplicará, em áreas de sua jurisdição nacional existente, e conforme determine a legislação nacional, medidas legislativas, executivas, administrativas e/ou outras medidas eficazes de proteção contra a exposição à fumaça do tabaco em locais fechados de trabalho,** meios de

transporte público, lugares públicos fechados e, se for o caso, outros lugares públicos, e promoverá ativamente a adoção e aplicação dessas medidas em outros níveis jurisdicionais” (grifados).

Esta Convenção foi promulgada pelo Brasil pelo Decreto nº 5.658 de 02/01/2006, integrando, portanto, o ordenamento jurídico brasileiro, sendo, pois, de cumprimento obrigatório por todos.

O fumo, como comprovado cientificamente, é a maior fonte de poluição em ambientes fechados, porque a fumaça emitida nos ambientes pela ponta do cigarro é cerca de quatro vezes mais tóxica do que a aspirada pelo fumante ativo. Pesquisa do Instituto do Câncer comprova que pelo menos sete pessoas morrem por dia no Brasil por conviverem com fumantes ativos.

As doenças mais comuns pela exposição à fumaça do cigarro, cientificamente comprovadas, são irritação nasal e ocular, exacerbação da asma, diversas doenças pulmonares, doenças cardiovasculares e câncer.

Em qualquer ambiente de trabalho as pessoas podem estar expostas à fumaça do tabaco e aos seus males, sendo mais graves em alguns seguimentos de trabalho, como em bares, restaurantes, casas noturnas e outros similares. Nestes, quando fechados, os riscos para a saúde do trabalhador, que fica por muitas horas e dias do mês inalando os vários componentes contaminantes do tabaco, os riscos são realmente acentuados.

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a fração de moléstias atribuídas ao fumo passivo é de 1,1% por doença crônica do pulmão, 4,5% por asma, 3,4% por doença do

coração e 9,4% por acidente vascular cerebral, o que totaliza 14% de todas as mortes relacionadas ao trabalho causadas por doenças, sendo que a maioria das vítimas está em restaurantes, bares e setores de entretenimento e serviços².

Mas não é somente pela inalação passiva da fumaça do cigarro que adoecem os trabalhadores brasileiros.

Em recente decisão o C. TST enfrentou numa Ação Civil Pública a questão dos provadores de cigarros da Souza Cruz sob o enfoque constitucional da livre iniciativa e da saúde dos trabalhadores. Nessa ação, que provocou uma das mais importantes e contundentes discussões envolvendo o meio ambiente do trabalho e a saúde dos trabalhadores, embora não tenha sido acolhida a tese do Ministério Público do Trabalho sobre a proibição da referida atividade, o TST reconheceu que aquela atividade é nociva à saúde humana e condenou a empresa a adotar medidas que pelo menos diminuam os agravos para a saúde dos trabalhadores, reconheceu a responsabilidade patronal e condenou a empresa a pagar indenização por danos morais coletivos.

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. INDÚSTRIA TABAGISTA. PROVADORES DE CIGARROS EM "PAINEL DE AVALIAÇÃO SENSORIAL". OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. VEDAÇÃO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL. LIVRE EXERCÍCIO DE QUALQUER OFÍCIO OU PROFISSÃO — ART. 5º, XIII, CF. NOCIVIDADE INERENTE À EXPOSIÇÃO DE SERES HUMANOS A AGENTES FUMÍGENOS. ATIVIDADE LÍCITA SUSCETÍVEL DE CAUSAR DANOS.

DIREITO À INDENIZAÇÃO.

1. Inconteste, à luz das regras da experiência ditadas pela observação do que ordinariamente acontece, a grave lesão à saúde advinda da exposição de empregados a agentes fumígenos, de forma sistemática, mediante experimentação de cigarros no denominado "Painel de Avaliação Sensorial".

2. O labor prestado em condições adversas ou gravosas à saúde não justifica, contudo, a proibição de atividade profissional. Tanto a Constituição Federal quanto o próprio Direito do Trabalho não vedam o labor em condições de risco à saúde ou à integridade física do empregado. Inteligência dos artigos 189, 193 e 194 da CLT, NR 9, NR 15, Anexos 13 e 13-A, do MTE.

3. Conquanto não se possa fechar os olhos à atual ausência de normatização relativamente ao exercício da atividade de "provador" ou "degustador" de cigarros, a clara dicção do artigo 5º, XIII, da CF — garantia de livre exercício de qualquer ofício ou profissão — não dá margem a que se preencha essa importante lacuna legislativa mediante a pretendida vedação, pura e simples, do exercício de atividade profissional, por comando judicial, ainda que sob o louvável escopo de proteção à saúde dos empregados. Referida norma somente autoriza eventual restrição ao seu âmbito de proteção mediante lei e apenas em relação à qualificação profissional, nunca ao exercício em si de atividade profissional (reserva legal qualificada).

² "15 motivos para ambientes de trabalho 100% livres do tabaco", Boletim FATOS EM DESTAQUE, da ACTbr – Aliança de controle do tabagismo.

4. Sobreleva notar que o fato de tal vedação virtualmente provir de decisão judicial importaria extrapolação de poder e, por conseguinte, acarretaria inescusável afronta ao princípio constitucional da Separação dos Poderes. Se nem mesmo ao legislador é facultado intervir na liberdade de profissão, senão no tocante à fixação de requisitos mínimos de capacidade e qualificação, não cabe ao Poder Judiciário, em interpretação a garantias constitucionais, obstar-lhe o exercício. Precedentes do STF.

5. A aparente colisão de direitos fundamentais decorrente da atividade profissional de "provador" de cigarros há de solucionar-se mediante harmonização. Daí que as garantias constitucionais do livre exercício de profissão ou ofício (art. 5º, XIII, CF), da livre iniciativa e do livre exercício de qualquer atividade econômica (art. 170, *caput* e inciso IV, e parágrafo único, CF) não podem ser cumpridas ilimitadamente e de forma indiscriminada, sem que haja uma preocupação com a saúde e a segurança dos empregados. *Mutatis mutandis*, tutelar o direito à saúde (art. 6º, *caput*, CF) e ao meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado (art. 205, *caput*, CF) não deve implicar a completa inviabilização da atividade econômica e do livre exercício profissional, sob pena de "esvaziamento do conteúdo" destes últimos direitos fundamentais. Trata-se de assegurar o equilíbrio já adotado na própria Constituição Federal e na CLT no tocante à regulamentação das atividades insalubres e perigosas, buscando minorar os riscos inerentes ao trabalho.

6. Nessa perspectiva, a solução da questão passa necessariamente, a longo prazo, pela edição de leis que venham a regulamentar detalhadamente a atividade de "provador de cigarros". É o que já se verifica, a título exemplificativo, em relação a outras atividades profissionais insalubres e perigosas, de indiscutível nocividade à saúde e à segurança dos empregados, porém objeto de disciplinamento normativo apenas no tocante às **condições** para o seu exercício: labor em minas de subsolo (arts. 293 a 301 da CLT), atividades de exploração, perfuração, produção e refinamento de petróleo (Lei nº 5.811/72 e NR 30, Anexo II, do MTE) e mergulho em águas profundas, sob condições hiperbáricas (NR 15, Anexo nº 6, do MTE).

7. Relativamente à atividade de "provador de cigarros", diante do panorama atual de vácuo normativo, cabe à Justiça do Trabalho, se instada a tanto, velar pela observância dos direitos fundamentais dos empregados em harmonia com as normas constitucionais, impondo às empresas a obrigação de adotar medidas que minimizem os riscos daí decorrentes e desencorajá-las na adoção de práticas nocivas à saúde.

8. Infundada, assim, a imposição de condenação à empresa que implique inviabilizar o exercício de uma atividade empresarial lícita e implique igualmente tolher o exercício de atividade profissional lícita, sob pena de, a pretexto de tutelar determinados direitos, vulnerarem-se outros de igual hierarquia constitucional, inclusive o Princípio da Separação dos Poderes.

9. Em que pese a licitude em si do ofício

de “provador de cigarros”, desenvolvido em favor de atividade econômica também lícita, é manifestamente pernicioso e lesivo à saúde dos empregados a referida atividade, em “Painel de Avaliação Sensorial”, ainda que voluntariamente desempenhada. O desenvolvimento de tal atividade acarreta lesão a direitos personalíssimos fundamentais (saúde e vida). Conquanto não se possa proibi-la judicialmente, da conduta patronal emerge inequivocamente responsabilidade civil, pela prática de ato ilícito, com a correlata obrigação de indenizar os danos morais perpetrados à coletividade indeterminada de empregados potencialmente sujeitos à atividade de experimentação de cigarros. Responsabilidade civil que se reconhece mediante a fixação de indenização por danos morais coletivos, também em caráter pedagógico, com o escopo de desestimular o prosseguimento de atividade prejudicial à saúde humana.

10. Embargos da Reclamada de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se dá provimento para afastar da condenação a obrigação de abster-se de exigir labor no denominado “Painel de Avaliação Sensorial”. Embargos do Ministério Público do Trabalho igualmente conhecidos, por divergência jurisprudencial, e providos para restabelecer a condenação ao pagamento de indenização por danos morais difusos e coletivos, no importe de R\$ 1.000.000,00, reversíveis ao FAT” (TST-E-ED-RR-120300-89.2003.5.01.0015, João Oreste Dalazen, Min. Relator; Brasília, 21/02/2013).

Noutra decisão de cunho individual a mesma SDI-1 do TST condenou a Souza Cruz a pagar R\$ 500 mil por danos morais a um trabalhador provador de cigarros, que adquiriu doença pulmonar grave em razão da atividade exercida na reclamada (pneumotórax) após dez anos na função. O trabalhador foi admitido na Souza Cruz como mensageiro em 1976, aos 15 anos de idade. Dos 18 aos 28 anos, disse que participou do “painel de avaliação sensorial”, ou “painel do fumo”, atividade que consistia em experimentar uma média de 200 cigarros por dia, quatro vezes por semana, das 7 às 9h, em jejum (Processo TST- RR 129100-11.2006.5.01.0045; Rel. Min. João Oreste Dalazen, 20/03/2014).

3. Responsabilidade patronal pelos danos à saúde dos trabalhadores pela exposição à fumaça do cigarro

No direito vigente, a responsabilidade patronal pela reparação dos danos à saúde dos trabalhadores consta da Constituição Federal de 1988 (art. 7º, inc. XXVIII) e da legislação civil (Código Civil, arts. 186, 927, 948 e 949, entre outros).

Com efeito, estabelecem o art. 7º e inc. XXVIII da CF que:

7º - “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ... XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

O Código Civil, por sua vez assegura no art.

927, § único, que:

“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou **quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem** (grifados)”.

De acordo com o inc. XXVIII do art. 7º da Constituição Federal, na responsabilidade subjetiva, como regra geral, cabe à vítima provar a culpa do empregador pelo dano sofrido. Em algumas situações admite-se a inversão do ônus da prova para o réu.

Na presente situação da exposição dos trabalhadores aos efeitos nocivos do tabaco, cabe perquirir se a responsabilidade do empregador é subjetiva ou objetiva, especialmente levando em conta o disposto no § 3º do art. 225 da Constituição Federal, no § 1º do art. 14 da Lei 6.938/81 e no § único do art. 927 do Código Civil de 2002, que reconhecem a responsabilidade objetiva pelos danos ambientais e nas atividades de risco.

Com relação à responsabilidade pelas agressões ao meio ambiente e pelos danos reflexos experimentados por terceiros, é pacífico o entendimento de que se trata da modalidade objetiva, com base no § 3º do art. 225 da Constituição e no § 1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81, que dizem, respectivamente:

“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

“Sem obstar a aplicação das penalidades pre-

vistas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

Esta proteção também está assegurada ao aspecto meio ambiente do trabalho e, assim, aquele que poluí-lo responde objetivamente pelos danos causados e pelos consequentes prejuízos sofridos pelos trabalhadores expostos às respectivas agressões.

A atividade de risco é aquela que tem, pela sua característica, uma peculiaridade que desde já pressupõe a ocorrência de acidentes. É a atividade que tem, intrinsecamente ao seu conteúdo, um perigo potencialmente causador de dano a alguém. O exercício de atividade que possa oferecer algum perigo representa um risco, que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que venham a resultar a terceiros.

Aqui não se trata de qualquer risco, mas, do risco acentuado, que decorre da própria atividade ou da forma como o trabalho é desenvolvido, cujo exemplo é a atividade perigosa descrita no art. 193 da CLT, que diz:

“são consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo ministério do trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado (grifados)”.

A natureza potencialmente perigosa da atividade de risco é a peculiaridade que a diferencia das outras atividades, para caracterizar o risco capaz de ocasionar acidentes ou doenças e provocar prejuízos indenizáveis, com base na responsabilidade objetiva aludida

no § único do art. 927 do Código Civil.

Trata-se, portanto, do risco-probabilidade e não do risco-possibilidade. Para aclarar as duas hipóteses, trago à tona a exemplificação de Ney Stany Moraes Maranhão³ das atividades de aviação e do digitador bancário. Com relação à primeira, ele pergunta se é provável ou possível que um avião caia. E responde que é possível e não provável, pois não cai avião todo dia, pois ainda se trata do meio mais seguro de transporte. Mas como quando cai os danos são de grande intensidade, o legislador optou por incluir referida atividade na responsabilidade objetiva, na primeira parte do § único do art. 927 do Código Civil. Já a atividade de digitador configura o risco-probabilidade, porque de acordo com as estatísticas, é potencialmente causadora de doenças para os trabalhadores, sendo, pois, provável que alguém que exerça essa atividade venha a adquirir LER/DORT. Enquadra-se, pois, como atividade de risco acentuado para os efeitos da parte final do § único do art. 927 do CC.

É o caso, como nos parece, da exposição à fumaça do cigarro, especialmente em ambientes fechados, pois cientificamente não se tem mais qualquer dúvida dos males causados à saúde humana. As probabilidades de o trabalhador fumante ativo ou passivo adquirir doenças do pulmão, cardiovascular e outras, é muito maior do que de um outro trabalhador que não se exponha aos efeitos do tabaco. Então, se se trata de uma atividade de risco, a responsabilidade do empregador independe de culpa.

Finalmente, se em qualquer atividade o empregador tem a obrigação de adotar medidas e cuidados para eliminar ou diminuir os riscos para a saúde dos tra-

balhadores, nas atividades de risco essa obrigação é maior ainda, sendo certo que no caso da inalação da fumaça de cigarro os males para a saúde dos trabalhadores a ela expostos são certos, dependendo apenas do tempo de exposição e de trabalho em tais condições.

³ Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade, p. 280.

Referências Bibliográficas

BRANDÃO, Cláudio. **Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador**. São Paulo: LTr, 2006.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes & CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo Código Civil**. Vol. XIII (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze & POMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: responsabilidade civil**, v. III. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELO, Raimundo Simão. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 5. ed. São Paulo: LTR, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

———. **Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

PADILHA, Norma Sueli. **Do meio ambiente do trabalho equilibrado**. São Paulo: LTr, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2004.

QUEIROGA, Antônio Elias de. **Responsabilidade civil e o novo Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROCHA, Júlio César de Sá da. **Direito Ambiental e meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica**. São Paulo: LTr, 1997.

———. **Direito Ambiental do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 3. ed., v. 4. São Paulo: Atlas, 2003. Itatiba, maio de 2014.

O papel do Judiciário no controle do tabagismo no Brasil: reflexões para além do outubro rosa

Sumário

Introdução, 1. Ciência, Medicina e Direito: considerações iniciais, 2. A indústria do tabaco no Brasil: um negócio lucrativo, 3. Pesquisas científicas sobre o tabagismo: a certeza sobre o atentado contra a saúde humana, 4. A Convenção-Quadro da Organização Mundial de Saúde: tratado internacional ratificado pelo Brasil, 5. Retrospectiva da atuação do Judiciário brasileiro nas demandas individuais e coletivas contra a indústria do tabaco, 6. O sistema jurídico brasileiro e a responsabilidade civil da indústria do tabaco: arcabouço normativo suficiente ao reconhecimento da indenizabilidade pelo produto nocivo em caso de dano ao consumidor, 7. O ônus social da atividade desenvolvida pela indústria do tabaco, 8. O papel do Judiciário no controle do tabagismo no Brasil, Conclusão, Referências Bibliográficas.

Palavras-chave

Constituição, Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Tabagismo, Responsabilidade Civil, Dependência Química, Medicina, Evidências Científicas, Sistema Único de Saúde, Convenção Quadro, Organização Mundial de Saúde.

Keywords

Constitution - Civil Code - Code of Consumer Protection - Smoking - Liability - Chemical Dependency - Medical - Scientific Evidence - Health System - Framework Convention - World Health Organization.



Luiz Felipe Siegert Schuch

Mestre em Ciência Jurídica. Pós-graduado pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Professor da Escola Superior da Magistratura. Professor da Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Juiz de Direito.

Resumo

O presente artigo está alicerçado em pesquisa realizada na jurisprudência nacional sobre a postura dos tribunais frente ao tema da indenizabilidade dos danos à saúde provocados pelo consumo de produtos derivados do tabaco, principalmente o cigarro. A partir da constatação da existência de posição dominante na jurisprudência brasileira, no sentido de recusar a responsabilização da indústria tabagista sobre os danos provocados pelo consumo de seus produtos, colocam-se em contraste os preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e legislação infraconstitucional disciplinadora do instituto da responsabilidade civil, os quais permitem solução diametralmente oposta e em favor do consumidor. As evidências científicas sobre o tabagismo, condensadas em estudo elaborado pela Associação Médica Brasileira a partir de pesquisas realizadas em todo o mundo, reforçam a conclusão da possibilidade jurídica das ações indenizatórias contra a indústria do tabaco e desmistificam o seu consumidor, o qual, antes de ser visto como um mero viciado voluntário, deve ser adequadamente reconhecido como um dependente químico da nicotina, vítima dessa dependência que lhe empurra para o óbito ou para graves doenças tabaco-relacionadas, produtoras de um enorme custo social.

Abstract

This article is grounded in research conducted in national jurisprudence on the attitude of the courts facing the issue of indenizabilidade the damage to health caused by the consumption of tobacco products, especially cigarettes. From the finding of a dominant position in the Brazilian case, to refuse tobacco industry accountable for the harm caused by the consumption of their products, they put themselves in contrast the fundamental principles laid down in the Federal Constitution of 1988 and disciplinarian constitutional legislation institute

of liability, which allow diametrically opposed and in favor of the consumer solution. The scientific evidence about smoking, condensed into study by the Brazilian Medical Association from surveys conducted worldwide, reinforce the conclusion of the possibility of legal action for damages against the tobacco industry and demystify your consumer, who, before be seen as a mere volunteer addict, should be properly recognized as a chemist addicted to nicotine, a victim of addiction that pushes him to death or serious tobacco-related diseases, producing enormous social cost.

Introdução

O presente artigo lança ao debate, como questão central, o resultado de pesquisa realizada na jurisprudência nacional sobre a postura dos tribunais brasileiros frente ao problema da indenizabilidade dos danos à saúde provocados pelo consumo de produtos derivados do tabaco, principalmente o cigarro.

O tema reveste-se de grande relevância e interesse no mundo jurídico, e foi objeto de palestra que proferi no Centro de Eventos da Associação Catarinense de Medicina - ACM, em encontro promovido pela Escola de Governança e Cidadania, no mês de outubro de 2013, em Florianópolis-SC.

Naquela oportunidade, foram apresentadas importantes informações científicas sobre o tabagismo e suas consequências, reunidas em denso e profundo trabalho técnico que compilou e avaliou uma grande gama de pesquisas realizadas no meio médico ao redor do globo.

Intitulado "Evidências Científicas sobre o Tabagismo para Subsídio ao Poder Judiciário", o profícuo trabalho, levado a cabo por um grupo de renomados profissionais da medicina, tem o apoio da Associação Médica Brasileira e traduz importante contribuição para o correto equacionamento jurídico das ações judiciais que

envolvem a indústria do tabaco.

Assim, a partir da constatação da existência de posição dominante na jurisprudência brasileira, no sentido de recusar a responsabilização da indústria tabagista sobre os danos provocados pelo consumo de seus produtos, colocam-se em contraste os preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e legislação infraconstitucional disciplinadora do instituto da responsabilidade civil – Código Civil e Código de Defesa do Consumidor, os quais permitem solução diametralmente oposta e em favor do fumante (ativo ou passivo), dada a sua clara vulnerabilidade na relação entre fornecedor e consumidor.

As evidências científicas sobre o tabagismo reforçam a conclusão da possibilidade jurídica das ações indenizatórias contra a indústria do tabaco e desmistificam o usuário final dos seus produtos, o qual, antes de ser visto como um mero viciado voluntário, deve ser adequadamente reconhecido como um dependente químico da nicotina, vítima dessa dependência que não só é capaz de tolher a liberdade de escolha, como o empurra para o óbito ou para graves doenças tabaco-relacionadas, produtoras de um enorme custo social.

1. Ciência – Medicina e Direito

Esclarecimentos Iniciais

Antes de ingressar diretamente no tema proposto para este trabalho, relevante rememorar alguns conceitos, a começar pelo conceito operacional do termo “ciência”.

Para Newton Freire Maia¹, “ciência é um conjunto de descrições, interpretações, teorias, leis, modelos etc., visando ao conhecimento de uma parcela da realidade, em contínua ampliação e renovação, que resulta da

aplicação deliberada de uma metodologia especial (metodologia científica)”.

Ainda segundo referido autor, a ciência pode ser enfocada sob dois prismas fundamentais: “(...) a ciência já feita (tal como é ensinada) e a ciência-processo (que está sendo feita). A primeira é a disciplina (ciência formalizada) que o professor ministra aos seus estudantes e estes devem aprender na linha pela qual é ensinada para que possam fazer exames e ser aprovados. Aliás, os alunos aceitam a disciplina que lhes é ministrada na base da autoridade dos seus professores e dos livros em que estudam”².

Por sua vez, complementa, “a ciência-processo (ciência em vias de fazer-se) é a ciência que o cientista realiza e que pode ser dividida em duas fases: a própria pesquisa (isto é, os procedimentos de investigação) e a divulgação de seus resultados (isto é, sua publicação original)”³.

No campo da medicina ou do conhecimento médico, o reconhecimento de que estamos a tratar de uma ciência propriamente dita não revela grande dificuldade, dada a estabilidade de grande parcela das conclusões obtidas por meio da pesquisa científica e, sobretudo, dado o caráter universal da base de pesquisa sobre a qual produzido o conhecimento científico – o corpo humano.

Assim, independentemente do local onde a pesquisa médica seja realizada, o objeto de investigação permanece o mesmo (corpo humano), facilitando, como disse, a compreensão da natureza científica dos estudos e conclusões elaborados sob o domínio dos conhecimentos da Medicina.

No âmbito do Direito, contudo, tal nitidez não se

¹ MAIA, Newton Freire. A ciência por dentro. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2000. p. 24.

² MAIA, Newton Freire. A ciência por dentro. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2000. p. 17.

³ MAIA, Newton Freire. A ciência por dentro. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2000. p. 17.

apresenta com tamanha força, na medida em que notamos uma grande diversidade de sistemas jurídicos (Renè David⁴) e uma infinidade de normas tratando de forma diferente igual conduta humana, conforme a cidade, o Estado ou país de origem.

Se a ciência tem como uma de suas características a universalidade dos conhecimentos por ela produzidos sobre um definido “objeto de estudo”, como poderia ser considerado o Direito uma ciência, diante de tamanha diversidade de regras?

O fato é que o Direito, por muito tempo, não foi reconhecido como ciência, senão como um ramo das Ciências Sociais.

Contudo, a partir da identificação de que, a par das diferenças de tratamento e conteúdo normativo para o mesmo fato havia um elemento comum – a norma jurídica -, passou-se a reconhecer, também ao Direito, a condição de Ciência independente, porquanto dotada de um “objeto de estudo” com alta carga de universalidade.

Nesse passo, podemos definir a Ciência do Direito, na lição de Paulo Dourado de Gusmão⁵, como “conhecimentos, metodicamente coordenados, resultantes do estudo ordenado das normas jurídicas com o propósito de apreender o significado objetivo das mesmas e de construir o sistema jurídico, bem como de descobrir as suas raízes sociais e históricas”.

Essa abordagem inicial sobre a categoria Ciência e a sua aplicação à Medicina e ao Direito se faz necessária como preliminar no presente estudo, na medida em que muitos dos nossos leitores de outras áreas que não o Direito questionam a diferença de tratamento jurídico aplicado ao problema do “tabagismo” em outros países

(especialmente nos E.U.A.), em contraste com as decisões judiciais proferidas no Brasil sobre o mesmo tema.

Tal característica, própria do Direito, contudo, não lhe retira a cientificidade, na medida em que tem como fonte base a “norma jurídica”, elemento comum em todos os ordenamentos jurídicos das sociedades organizadas.

A diversidade de tratamento deve ser compreendida em razão da possibilidade de conteúdos normativos diferentes, de acordo com o momento histórico, econômico, cultural, temporal, de valores e princípios de uma sociedade para outra, fonte geratriz, por consequência, de soluções diferentes para iguais situações de conflito.

2. A Indústria do tabaco no Brasil – Um negócio lucrativo

Dados recentes publicados em periódico nacional com foco em economia informam que dentre as indústrias do tabaco, a empresa Souza Cruz obteve, nos últimos cinco anos, um desempenho comercial excepcional.

Segundo a Revista Exame (edição 1050, ano 47, n. 18, 2/10/2013, p. 77), de janeiro de 2008 a 2013 o preço das ações da empresa acima referida “quadruplicou”, enquanto o Índice Bovespa caiu 15% (quinze por cento).

E mais. Mesmo com as vendas em queda, o aumento do preço do cigarro fez o lucro da empresa crescer 40% (quarenta por cento), permitindo uma distribuição de dividendos de sete bilhões de reais aos acionistas nesses cinco anos, mantendo-se atrativo investir nesse setor.

Ainda segundo a matéria referida, o negócio envolvendo a produção e o comércio de cigarros no Brasil, além de ser muito antigo, possui duas características fundamentais a lhe proporcionar certa resistência às intempéries econômicas:

⁴ Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 686 p. Título original: “Les grands systèmes du droit contemporains”.

⁵ GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 3.

i) 65% do preço final do cigarro corresponderiam a tributos recolhidos aos cofres públicos (o que, segundo nossa avaliação, gera uma sensível dose de importância política desse segmento para efeito de arrecadação tributária);

ii) grande parte dos consumidores seria viciada no produto (fato que, segundo especializada doutrina médica e dados da Organização Mundial da Saúde - OMS, garante a manutenção do ciclo econômico produção/consumo).

Assim, apesar do negócio encontrar atualmente circunstâncias adversas em nosso país, como o crescente contrabando de cigarros oriundos de outros países (principalmente do Paraguai), a regulamentação restritiva da propaganda (Lei n. 9.294, de 15.07.1996, e alterações), o aumento de impostos e o controle de preço mínimo pelo Governo (Lei n. 12.546/2011), a massa cativa de consumidores e o interesse do Poder Público (beneficiário de receita tributária) acaba sustentando o lucro dessa atividade.

Acrescente-se que o Brasil é líder mundial em exportações de folhas de fumo, além de segundo maior produtor, ao passo que a empresa Souza Cruz, criada pelo português Albino Souza Cruz no Rio de Janeiro, em abril de 1903, e controlada pela British American Tobacco desde 1914, detém a posição de líder do mercado de derivados de tabaco na *terra brasillis*: em 2001 já apontava ganhos líquidos de quase R\$ 300 milhões e vendas de US\$ 2,4 bilhões, atingindo 77,7% de participação no mercado interno naquele período, segundo Sérgio Luis Boeira e Camila Regina Cunha⁶.

Por sua vez, importante destacar (e não se deve perder de vista) que a cadeia produtiva do tabaco, que se inicia com o plantio do fumo, passa pela indústria do cigarro

e alcança os pontos de venda em todo o território nacional, encontra-se na mais completa legalidade no território brasileiro, na medida em que referida atividade está protegida pelo manto da liberdade constitucional de exercer atividade econômica ou princípio da livre iniciativa (art. 170, parágrafo único, CF/1988 – “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”), encontrando cada etapa produtiva regulamentação pelo Poder Público.

Daí porque registrar, desde logo, não ser objeto do presente trabalho advogar a extinção ou a proibição do exercício do negócio envolvendo o tabaco no Brasil, mas sim *apresentar uma visão renovada sobre a responsabilidade das empresas produtoras de cigarros em relação ao produto final apresentado ao consumidor*, tomando como parâmetro as conclusões de pesquisas científicas desenvolvidas em relação ao tabaco e seus efeitos sobre a saúde humana.

3. Pesquisas Científicas sobre o tabagismo – A certeza sobre o atentado contra a saúde humana

Como dissemos inicialmente, a ciência médica e a ciência do direito apresentam características próprias.

Todavia, esse fato, antes de torná-las inconciliáveis, as faz complementares naqueles pontos em que a Medicina e o Direito entram em contato.

Assim, enquanto produtoras de conhecimento científico de grande importância para o avanço da humanidade, a interdisciplinaridade dessas ciências se mostra de notável relevância para a compreensão dos fenômenos biológicos e jurídicos naquilo em que se comunicam no ciclo das relações sociais.

Partindo dessa premissa, no tratamento das questões jurídicas envolvendo a indústria do tabaco não se podem

⁶ Souza Cruz: história e ideologia contemporânea sobre responsabilidade social. Revista Internacional Interdisciplinar Interthesis, vol. 07, nº 02. DOI: 10.5007/1807-1384.2010v7n2p276.

desprezar as evidências científicas sobre o produto comercializado por esse segmento – o cigarro – e suas consequências para a saúde humana.

Daí ser obrigatório ao jurista e também ao aplicador do direito conhecer com profundidade os estudos médico-científicos sobre o tabagismo como condição prévia ao enfrentamento dos litígios oriundos da atividade econômica desenvolvida pela indústria do tabaco.

No dizer de João Lopes Guimarães Júnior⁷, “como agente estatal, no exercício de suas funções jurisdicionais, não pode o juiz desprezar as evidências científicas consensuais ou majoritariamente aceitas”, ou ainda, na lição de Humberto Theodoro Júnior⁸, “o juiz não pode fugir dos meios científicos que regulam as provas e sua produção, nem tampouco às regras da lógica e da experiência”, sendo esses ingredientes indissociáveis, no âmbito processual civil brasileiro, do sistema de persuasão racional na avaliação da prova.

Com efeito, como primeiro passo, importante registrar que os malefícios causados pelo tabagismo para a saúde humana sempre estiveram presentes. Seu conhecimento científico remonta, pelo menos, ao ano de 1950 (com o agravante de ser também conhecido, mas encoberto, pela indústria), conforme reconhecido no julgamento do conhecido processo “Estados Unidos X Philip Morris”, que tramitou na Corte do Distrito de Columbia, sob a autuação “Civil Action nº. 99-2496 (GK)”.

Naquele julgamento, a partir de volumoso material probatório, a Juíza Gladys Kessler consignou os danos à saúde provocados pelo tabagismo, acrescentando a omissão da indústria do tabaco, nos seguintes termos:

"509. O tabagismo causa a doença, o sofrimento

*e a morte. Apesar do reconhecimento interno deste fato, os Réus negaram publicamente, distorceram e minimizaram os riscos do tabagismo por décadas. O conhecimento da comunidade médica e científica da relação do fumo e doenças evoluiu ao longo dos anos 1950 e obteve consenso em 1964. No entanto, mesmo depois de 1964, os réus continuaram a negar tanto a existência de tal consenso e da esmagadora evidência em que foi baseado."*⁹

A contínua dedicação da ciência sobre os efeitos maléficos do consumo do tabaco para a saúde humana, a partir de 1964, somente reafirmou o consenso inicial, e, na medida em que o aumento da dispersão mundial da produção e comércio desse produto se acentuou, em igual proporção as doenças a ele relacionadas foram identificadas, catalogadas e pesquisadas pela ciência médica.

Atualmente, segundo dados da World Health Organization¹⁰, o comprometimento da saúde mundial por conta do tabagismo é grave:

"A mortalidade anual relacionada ao tabaco, no mundo, compreende 6 milhões de pessoas, sendo 23 óbitos por hora e 1 morte a cada 10 adultos, dos quais 70% ocorrem em países em desenvolvimento. No Brasil, 200 mil óbitos ao ano são relacionados ao tabagismo, sendo 3.000 de fumantes passivos. A previsão para o ano de 2030 é de ocorrerem, no mundo, 8 milhões de óbitos, sendo 80% em países em desenvolvimento. Persistindo a tendência, no século XX, 100 milhões de mortes teriam ocorrido e, no século XXI, eventualmente,

⁷ GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. *Livre-arbítrio do viciado – quando os juízes ignoram a ciência*; in *Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro*. Clarissa Menezes Homsí – Coordenadora. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 141.

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. vol. I. 37 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 371.

⁹ Disponível em: <http://publichealthlawcenter.org/sites/default/files/resources/doj-final-opinion.pdf>. Acesso em 10.10.2013.

¹⁰ WORLD HEALTH ORGANIZATION. Report on the global tobacco epidemic 2008. The MPower Package. Geneve: WHO: 2008; in *"Projeto Diretrizes - Evidências Científicas sobre o Tabagismo para subsídio ao Poder Judiciário"*, AMB, 2013, p. 4.

poderá chegar a 1 bilhão de óbitos.

A mortalidade entre adultos é superior ao número de óbitos por AIDS, malária, tuberculose, alcoolismo, causas maternas, homicídios e suicídios combinados.”

Com base em estudo do Banco Mundial, a Associação Médica Brasileira aponta outro dado alarmante:

“O início do consumo do tabaco, em média, ocorre aos 13 e 14 anos de idade, com maior frequência entre as meninas, e raramente após os 19 anos (70% tornam-se dependentes). O Banco Mundial estimou, em 1999, que 100.000 adolescentes/dia iniciam o fumar, sendo 80% deles em países em desenvolvimento.”¹¹

Inconformada com essa triste realidade, que atinge jovens e adultos em todo o planeta e diante de inúmeros estudos médico-científicos sobre o tabaco, a Associação Médica Brasileira reuniu e elaborou o que denominou de “sínteses da evidência”¹², nas quais vários aspectos do tabagismo e seus efeitos sobre o ser humano foram didaticamente relacionados.

O trabalho de fôlego concretizado é de valiosa importância para a compreensão da dimensão e gravidade do problema do tabagismo, razão pela qual trazemos as evidências científicas que nos pareceram mais importantes para o conhecimento do meio jurídico, como subsídios para formação do convencimento sobre a matéria¹³:

- *“(…) pode-se afirmar que há concordância, por parte da comunidade científica mundial, de que a nicotina é uma droga psicoativa que causa dependência aos seus consumidores.”(p. 8)*
- *“o fumante é um dependente químico, que teve seu funcionamento cerebral alterado pela presença de nicotina.” (p.9)*
- *“os critérios de Bradford-Hill servem como um guia para determinar se existe uma determinada associação, contudo cabe destacar que raramente será possível comprovar todos os nove critérios para uma determinada associação. Entretanto, o relatório Consequências do Tabagismo para a Saúde, publicado em 2004, pelo ‘Surgeon General’ (Departamento de Saúde dos EUA), concluiu que há evidência suficiente para inferir uma relação nexo causal entre tabagismo e os cânceres de pulmão, laringe, cavidade oral, faringe, esôfago, pâncreas, bexiga, rins, colo uterino e estômago, e leucemia mieloide aguda.”(p. 12)*
- *“todos os derivados do tabaco são nocivos à saúde, tanto na forma industrializada de cigarros, charutos, cachimbos e rapé, como na forma artesanal de narguilé, tabaco mascado ou fumo de corda com palha.”(p. 12)*
- *“a fumaça do tabaco é uma mistura de gases e partículas, totalizando mais de 4.700 substâncias tóxicas, responsáveis por 55 doenças associadas ao consumo ativo do tabaco e outras doenças relacionadas à exposição passiva à fumaça ambiental do tabaco.”(p. 12)*
- *“toda a exposição ao fumo do tabaco, até mesmo o consumo de um cigarro ocasional ou exposição passiva à fumaça, é prejudicial à saúde.”(p. 13)*

¹¹ THE WORLD BANK. Curbing the epidemics: governments and the economics of tobacco control. Washington: World Bank; 1999; in “Projeto Diretrizes - Evidências Científicas sobre o Tabagismo para subsídio ao Poder Judiciário”, AMB, 2013, p. 4.

¹² As sínteses são resultantes de pesquisas, as quais tiveram as fontes referenciadas e classificados pela AMB segundo os seguintes critérios: A – estudos experimentais e observacionais de melhor consistência; B – estudos experimentais e observacionais de menor consistência; C – relatos de casos/estudos não controlados; D – publicações baseadas em consensos ou opiniões de especialistas. As pesquisas e as respectivas sínteses estão reunidas em publicação da AMB denominada “Projeto Diretrizes – Evidências Científicas sobre o Tabagismo para subsídio ao Poder Judiciário”, 2013.

¹³ Associação Médica Brasileira. Projeto Diretrizes - Evidências Científicas sobre o Tabagismo para subsídio ao Poder Judiciário. Participantes: Mirra AP, Reichert J, Silva CAR, Martins SR, Meirelles RHS, Issa JS, Hallal ALC, Silva VLC, Cavalcante TM, Corrêa da Silva LC, Araujo AJ, Sales MPU, Homsy CM, Vianna CGF, Mendes FL, Carvalho AP, Andreis M, Fundação do Câncer. 12.03.2013, 71 p.

- *"a nicotina é a substância responsável pela dependência química ao tabaco. O risco e a gravidade das doenças causadas pela fumaça do tabaco se relacionam com idade de início do tabagismo, duração e número de cigarros fumados diariamente."*(p.14)
- *"os produtos químicos do fumo causam processo inflamatório crônico, comprometendo o sistema de defesa do organismo, levando ao surgimento de doenças como o câncer. O tabagismo pode causar doenças em vários órgãos e sistemas do corpo humano."*(p. 14)
- *"há mais de 60 substâncias cancerígenas identificadas na fumaça do tabaco, que causam, iniciam ou promovem o câncer em vários órgãos, pois afetam o código genético das células (DNA). O câncer de pulmão, decorrente do fumo, é a primeira causa de mortes por câncer em homens e a segunda, entre as mulheres."*(p. 15)
- *"o tabagismo está associado com o câncer, com uma relação de causa e efeito, atingindo os pulmões e vários órgãos e sistemas do organismo."*(p. 16)
- *"o risco de câncer aumenta de acordo com a idade mais precoce de início do tabagismo, quantidade de cigarros e número de anos que a pessoa fuma. O tabaco, além de ser fator de risco para o câncer, também é um importante fator que dificulta o tratamento e o controle de neoplasias em geral."*(p. 16)
- *"os indivíduos expostos à fumaça ambiental do tabaco e que nunca fumaram apresentam um risco 20% a 30% maior de contraírem câncer de pulmão, quando comparados a indivíduos não expostos."*(p. 17)
- *"fumar reduz a capacidade do organismo em combater o câncer, interferindo especialmente na cicatrização e na quimioterapia."*(p. 17)
- *"quando a pessoa para de fumar, o risco de câncer diminui."*(p. 17)
- *"fumar está associado à ocorrência de 55 doenças em diferentes órgãos e sistemas do corpo."*(p. 18)
- *"fumar é a principal causa de doença pulmonar obstrutiva crônica (DPOC) e câncer de pulmão. A exposição à fumaça do tabaco pode induzir e agravar a asma brônquica, principalmente na infância. Fumar é um fator de risco para a tuberculose pulmonar e o principal fator de risco para a histiocitose X."*(p. 19)
- *"o tabaco está associado ao aumento do risco de morte súbita, infarto agudo do miocárdio, angina de peito, doença vascular periférica e acidente vascular encefálico."*(p. 23)
- *"fumar aumenta o risco de doença isquêmica coronariana, a causa mais frequente de DCV. Há risco de doença isquêmica coronariana mesmo para quem consome menos de 5 cigarros/dia."*(p. 24)
- *"o fumo aumenta o risco de desenvolvimento de doenças vasculares periféricas, de aneurisma de aorta abdominal e do tromboembolismo venoso, devido à agressão à parede dos vasos e ao estreitamento das artérias, o que dificulta a circulação do sangue. Fumar é causa da tromboangeíte obliterante (doença de Buerger), que leva à amputação dos membros."*(p. 24)
- *"fumar é a principal causa de acidente vascular encefálico. O tabaco está associado ao aumento do risco de morte súbita e acidente vascular encefálico."*(p. 25)

- *"fumar é um importante fator de risco para o desenvolvimento de úlcera péptica, doença de Crohn e doenças hepáticas."*(p. 27)
- *"fumar é um fator de risco para diabetes mellitus, hipertiroidismo e osteoporose. O tabagismo é um fator de risco para o desenvolvimento de doença de Graves nas mulheres."*(p. 29)
- *"fumar aumenta em até 6 vezes o risco de periodontite, que leva à perda dos dentes."* (p. 30)
- *"a dependência à nicotina é um fator de risco para o desenvolvimento de transtornos mentais. Os fumantes com quadros de esquizofrenia, transtornos de humor, ansiedade, uso abusivo de álcool e de outras drogas têm maior dificuldade para parar de fumar."*(p. 31)
- *"fumar aumenta o risco das mulheres desenvolverem câncer de pulmão, esôfago, laringe, boca, garganta, rins, bexiga, pâncreas, estômago e colo de útero. As mulheres têm a mesma suscetibilidade e risco para contrair câncer de pulmão que os homens, desde que haja exposição e tempo e grau equivalente ao tabagismo masculino."*(p. 33)
- *"as substâncias tóxicas do fumo interferem com o funcionamento das trompas de Falópio, aumentam o risco de gravidez ectópica, abortos espontâneos e o nascimento de bebês com baixo peso ao nascer."* (p. 36)

Esse extenso rol de doenças desnuda o preocupante cenário mundial e o alto nível de nocividade do tabaco, bem como suas consequências deletérias não somente para seus usuários como também para aqueles que vivem ao seu redor, e mesmo para o meio ambiente.

A partir do conhecimento dessas evidências, torna-se difícil manter uma postura de neutralidade em relação

ao tabagismo e a produção do tabaco para consumo humano.

4. A Convenção-Quadro da Organização Mundial de Saúde – Tratado Internacional Ratificado pelo Brasil

Consciente da nefasta realidade acima retratada, a Organização Mundial de Saúde - OMS tomou iniciativa na aglutinação de esforços dos países membros para a adoção de medidas concretas visando à redução do impacto do tabagismo na saúde humana.

Do diálogo internacional resultou a "Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco (CQCT)", em 2003, que se constitui em um Tratado Internacional com o objetivo de construir uma normativa mundial sobre o tabaco e reduzir o seu consumo, conforme anota Luís Renato Vedovato¹⁴, sendo o Brasil um dos seus signatários, cuja ratificação ocorreu em 03 de novembro de 2005, tornando-se referido Tratado integrado ao ordenamento jurídico pátrio por força do Decreto Presidencial nº 5.658, de 02 de janeiro de 2006.

O "Preâmbulo" do referido normativo internacional, acolhido pelo Brasil, é por demais esclarecedor e deve ser transcrito, ainda que extenso, porque os fundamentos ali amalgamados e as preocupações manifestadas vinculam cada país signatário a adotar medidas para a concretização dos direitos fundamentais à saúde, à liberdade e à proteção integral de crianças e adolescentes, todos previamente reconhecidos pela Carta da República de 1988.

Diz a Convenção-Quadro:

"As Partes desta convenção,

Determinadas a dar prioridade ao seu direito de proteção à saúde pública;

¹⁴ VEDOVATO, Luís Renato. *A Convenção-Quadro sobre o controle do uso do tabaco: consequências para o ordenamento jurídico brasileiro; in Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro*. Clarissa Menezes Homsí – Coordenadora. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 06.

Reconhecendo que a propagação da epidemia do tabagismo é um problema global com sérias consequências para a saúde pública, que demanda a mais ampla cooperação internacional possível e a participação de todos os países em uma resposta internacional eficaz, apropriada e integral;

Tendo em conta a preocupação da comunidade internacional com as devastadoras consequências sanitárias, sociais, econômicas e ambientais geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco, em todo o mundo;

Seramente preocupadas com o aumento do consumo e da produção mundial de cigarros e outros produtos de tabaco, particularmente nos países em desenvolvimento, assim como o ônus que se impõe às famílias, aos pobres e aos sistemas nacionais de saúde;

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;

Admitindo também que há evidências científicas claras de que a exposição pré-natal à fumaça do tabaco causa condições adversas à saúde e ao desenvolvimento das crianças;

Profundamente preocupadas com o elevado aumento do número de fumantes e outras formas de consumo de tabaco entre crianças e adolescentes em todo o mundo, particularmente com o fato de que se começa a fumar em idades cada vez menores;

Alarmadas pelo aumento do número de fumantes e de outras formas de consumo de tabaco por mulheres e meninas em todo o mundo e tendo presente a importância da participação plena das mulheres em todos os níveis de elaboração e implementação de políticas, bem como da necessidade de estratégias de controle específicas para cada gênero;

Profundamente preocupadas com o elevado número de fumantes e de outras formas de consumo do tabaco por membros de povos indígenas;

Seramente preocupadas com o impacto de todos os tipos de publicidade, promoção e patrocínio destinados a estimular o uso de produtos de tabaco;

Reconhecendo que uma ação cooperativa é necessária para eliminar todas as formas de tráfico ilícito de cigarros e de outros produtos de tabaco, incluídos contrabando, fabricação ilícita e falsificação;

Reconhecendo que o controle do tabaco em todos os níveis, e particularmente nos países em desenvolvimento e nos de economia em transição, requer recursos financeiros e técnicos suficientes e adequados às necessidades atuais e estimadas para as atividades de controle do tabaco;

Reconhecendo a necessidade de estabelecer mecanismos apropriados para enfrentar as consequências sociais e econômicas que, a longo prazo, surgirão com o êxito das estratégias de redução da demanda de tabaco;

Conscientes das dificuldades sociais e econômicas que podem gerar a médio e longo prazo os programas de controle do tabaco em alguns países em desenvolvimento ou com economias em transição, e reconhecendo suas necessidades por assistência técnica e financeira no contexto das estratégias de desenvolvimento sustentável formuladas no nível nacional;

Conscientes do valioso trabalho sobre controle do tabaco conduzido por vários Estados, destacando a liderança da Organização Mundial de Saúde, bem como os esforços de outros organismos e entidades do sistema das Nações Unidas e de outras organizações intergovernamentais internacionais e regionais no estabelecimento de medidas de controle do tabaco;

Enfatizando a contribuição especial de organizações não-governamentais e de outros membros da sociedade civil não vinculados à indústria do tabaco – incluindo as associações de profissionais da saúde, de mulheres, de

jovens, de ambientalistas e de grupo de consumidores e instituições docentes e de atenção à saúde – às atividades de controle do tabaco no âmbito nacional e internacional, bem como a importância decisiva de sua participação nas atividades nacionais e internacionais de controle do tabaco;

Reconhecendo a necessidade de manter a vigilância ante qualquer tentativa da indústria do tabaco de minar ou desvirtuar as atividades de controle do tabaco, bem como a necessidade de manterem-se informadas sobre as atuações da indústria do tabaco que afetem negativamente às atividades de controle do tabaco;

Recordando o Artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, pelo qual se declara que toda pessoa tem direito de gozar o mais elevado nível de saúde física e mental;

Recordando ainda o preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde, que afirma que o gozo do mais elevado nível de saúde que se possa alcançar é um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, ideologia política, condição econômica ou social;

Determinadas a promover medidas de controle do tabaco fundamentadas em considerações científicas, técnicas e econômicas atuais e pertinentes;

Recordando que a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 18 de dezembro de 1979, dispõe que

os Estados Participantes daquela convenção devem tomar as medidas cabíveis para eliminar a discriminação contra as mulheres na área da atenção médica;

Recordando ademais que a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989, dispõe que os Estados Participantes daquela convenção reconhecem o direito da criança de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde; Acordaram o seguinte (...)"

A leitura desse compromisso, alçado à condição de norma obrigatória para o Estado brasileiro, não pode ser desconsiderado por seus agentes estatais.

E aqui se abre um necessário parêntesis: quais seriam os agentes estatais?

O Estado, todos sabemos, nada mais é do que uma ficção jurídica.

Segundo definição de Bonavides¹⁵, que adere à de Jellinek, "o Estado 'é a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando".

Por sua vez, a evolução política e histórica do Estado consagrou o Princípio da Tripartição dos Poderes (Montesquieu¹⁶) como um verdadeiro dogma constitucional, a ponto de ser inserido no art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão¹⁷, sob a afirmação de que a ausência do Princípio da Separação dos Poderes na Constituição de um Estado

15 BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, p. 67.

16 Sobre a Tripartição dos Poderes, definiu Montesquieu: "Em cada Estado há três espécies de poderes: o Legislativo; o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes; e o Executivo das que dependem do Direito Civil. Pelo primeiro, o Príncipe ou o Magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes, ou julga as demandas dos particulares. A este último chamar-se-á Poder de Julgar; e ao anterior, simplesmente Poder Executivo do Estado". MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis...*, p. 166-167.

17 Canotilho [p. 89-90] transcreve o dispositivo: "Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution (Art. 16º da Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789)".

faria deste um Estado sem Constituição¹⁸.

Interpretando a teoria, assinala o constitucionalista Celso Ribeiro Bastos¹⁹:

A teoria da separação dos poderes diz que, qualquer que seja a atividade estatal, esta deverá ser sempre precedida por normas do último tipo citado, isto é, normas abstratas e gerais, denominadas leis. Os atos concretos, ainda segundo a teoria ora exposta, só serão legítimos na medida em que forem praticados com fundamento nas normas gerais. [...] Eis aí a função legislativa e a executiva. Além dessas, é prevista uma terceira função: a judiciária. Esta consiste em dirimir, em cada caso concreto, as divergências surgidas por ocasião da aplicação das leis.

Com efeito, a partir dessa forma de estruturação do Estado, encampada pela Constituição Federal de 1988 (art. 2º), *impõe concluir que seus agentes estatais, quais sejam os membros dos três poderes – Chefes do Executivo, Parlamentares, Membros do Poder Judiciário - devem respeito e adesão aos termos da Convenção-Quadro, não apenas porque consolidados pela ciência e ratificados pelo Estado brasileiro que tais agentes corporificam no exercício de suas funções, mas também, e principalmente, porque os termos do tratado internacional se encontram em perfeita sintonia com os direitos fundamentais mais elementares acolhidos na Carta Maior da nação – o direito à vida, à saúde, à liberdade, à proteção da família, de crianças e adolescentes (arts. 3º, I, 4º, II, 5º, 6º, 196, 226 e 227).*

No tocante ao Poder Judiciário, em particular, seus membros/agentes tem um compromisso nuclear de

18 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*, p. 109.

19 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, p. 353.

repeito e observância sobremaneira relevante em relação aos preceitos constitucionais fundamentais, porquanto, em última análise, a eles se atribui a competência funcional para dar concretude aos anseios da nação quando violados os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, mesmo quando essa violação seja proveniente do próprio Estado.

Essa também a posição de André Ramos Tavares²⁰, ao afirmar que o papel do juiz tradicional foi ampliado pela abertura semântica das constituições, chamando-o para cumprir "*(...) o papel didático de orientação geral do Estado no cumprimento e implementação de direitos fundamentais*".

Assim, conclui, "*opções políticas de não implementação ou da (tradicional) situação de violação são ilegítimas do ponto de vista da Constituição e devem sofrer a 'intervenção' do juiz constitucional*".

5. Retrospectiva da atuação do Judiciário Brasileiro nas demandas individuais e coletivas contra a indústria do tabaco

No âmbito da casuística judicial nacional, os litígios envolvendo o tabagismo, no mais das vezes, parecem ainda trilhar caminhos desconectados dos conhecimentos científicos mais recentes e disponíveis sobre as suas consequências para saúde humana, além de desconsiderarem as diretrizes da Organização Mundial da Saúde sobre o tema.

Com o objetivo de traçar um diagnóstico sobre a atuação judicial, pesquisa de grande profundidade e abrangência nacional realizada pela Aliança de Controle do Tabagismo – ACTbr²¹, em trabalho coordenado pela advogada Clarisse Menezes Homsy, apresentou um conjunto de

dados bastante revelador em relação aos litígios que deságuam no Poder Judiciário brasileiro envolvendo consumidores e a indústria do tabaco, mais precisamente no tocante às ações indenizatórias.

Ao observar os dados colhidos pela pesquisa, nota-se que o volume de pedidos de indenização formulados contra a indústria do tabaco no Brasil ainda é pequeno se comparado ao volume de fumantes, ativos e passivos, existentes no território nacional, sendo que a empresa mais acionada é a Souza Cruz, seguida pela Philip Morris.

As ações individuais, em regra, buscam a reparação de danos materiais e morais, valendo destacar que as ações indenizatórias em grande parte são movidas pelo próprio fumante, seguindo-se aquelas promovidas por familiares em razão da morte do usuário do cigarro.

As doenças mais comuns apontadas nas ações judiciais como causadas pelo cigarro foram:

- vasculares = acidente vascular cerebral, tromboangeite, doença vascular periférica, oclusão arterial, enfarto, etc.;
- câncer;
- pulmonares = doença bronco pulmonar obstrutiva crônica (DPOC), hipertensão pulmonar hipóxica, bronquite, asma, edemas e enfisemas pulmonares;
- amputações e/ou cicatrizes;
- psiquiátricas.

Por sua vez, as razões apontadas para o uso do cigarro pelos autores das ações, ou familiares do fumante falecido, podem ser destacadas em três categorias principais:

- vício;
- propaganda;
- falta de informação sobre os malefícios do cigarro.

²⁰ TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49.

²¹ Disponível em: <http://www.actbr.org.br>; acesso em 06.10.2013. Esse trabalho foi posteriormente atualizado pela mesma entidade em junho de 2011, sob o título "Ações Indenizatórias Contra a Indústria do Tabaco: Estudo de Casos e Jurisprudência", coordenado por Andrea Lazzarini Salazar e Karina Bozola Grou.

Nas ações julgadas procedentes, ou seja, naquelas em que houve condenação da indústria, os fundamentos mais utilizados nos julgamentos foram os seguintes:

- o retorno tributário não é excludente de ilicitude;
- a liberdade de escolha/vontade é atingida pela dependência ao cigarro;
- existência de prova nos autos da condição de fumante;
- não há culpa exclusiva do consumidor;
- não há livre arbítrio se a informação sobre os malefícios do cigarro é deficiente;
- o jovem é mais suscetível à influência do cigarro;
- a família sofre danos com o fumante;
- a indústria não informa adequadamente sobre os riscos do cigarro;
- a indústria só passou a informar quando obrigada pelo Poder Público;
- a propaganda sobre o cigarro é enganosa;
- as ilicitudes da indústria do cigarro foram demonstradas em processo movido nos E.U.A;
- há ilicitude da indústria ao manipular a nicotina;
- a indústria fere o princípio da boa-fé objetiva ao ocultar informações e fazer declarações falsas sobre o cigarro;
- o dever de indenizar independe da licitude da atividade, mas da ocorrência de danos;
- há nexos causal entre o consumo de cigarros e a doença/morte;
- o cigarro causa dependência;
- o cigarro é produto defeituoso;
- o cigarro é produto perigoso;
- reconhece os malefícios do cigarro para a saúde.

De outro lado, nas ações julgadas improcedentes, ou seja, naquelas em que não houve condenação da indústria, os fundamentos mais utilizados pelos Juízos e Tribunais podem ser assim resumidos:

- o Brasil não coíbe o consumo de cigarro;
- o tabaco é fonte de renda tributária, ainda que em detrimento da saúde pública;
- a condição pessoal do fumante (profissão/formação) implica maior conhecimento dos males do cigarro;
- culpa exclusiva da vítima ou de seus pais;
- livre arbítrio do autor para optar por fumar;
- não há dificuldades em abandonar o fumo;
- falta de provas dos danos materiais;
- o dano advém do vício;
- os males do cigarro são conhecidos do público há muito tempo;
- trata-se de vício socialmente admitido;
- a indústria age de acordo com o princípio da boa-fé;
- a propaganda é lícita e regulamentada;
- a propaganda não influencia o consumo de cigarros;
- as advertências constantes na embalagem do cigarro são suficientes para informar os seus malefícios e são informações adequadas;
- a atividade da indústria do tabaco é lícita;
- condenações no exterior da indústria não implicam em condenações no Brasil;
- omitir informações – exercício regular de um direito;
- não há dever legal de indenizar;
- não há culpa da indústria;
- não há propaganda enganosa/abusiva;
- não há relação entre doença/morte e a ação ou

omissão da indústria;

- há outros fatores de risco para a doença/morte;
- há outros produtos que também fazem mal à saúde;
- o cigarro é produto lícito;
- o cigarro não causa dependência, não é produto defeituoso e tem periculosidade inerente e esperada;
- prescrição.

A contraposição dos argumentos acima apresentados como fundamentos jurídicos para a solução de litígios dessa natureza impressiona pela variedade e densidade.

O citado estudo da ACT aponta que a maioria das ações indenizatórias deflagradas contra a indústria do tabaco é julgada improcedente, deixando de determinar indenização ao fumante ou sua família, quando pré-morto.

O Estado que mais tem acolhido argumentos pró-fumante é o Rio Grande do Sul, seguido por São Paulo e Minas Gerais, conforme dados da referida pesquisa.

Ao contrário, indica o trabalho apontado que mesmo nesses Estados e em inúmeros outros, além de se desconhecer a impetração de ações coletivas sobre o tema, os argumentos pró-indústria têm sido acolhidos com maior incidência nas ações individuais, destacando-se a utilização de fundamentos como (i) a afirmação de se estar diante do exercício regular de um direito, (ii) a atividade e a propaganda serem lícitas, (iii) o dano decorrer de culpa exclusiva da vítima e (iv) tratar-se o cigarro de um produto não defeituoso mas que traz em si uma periculosidade inerente e esperada.

Cito um exemplo do Tribunal de Justiça catarinense, no qual possível conferir o acerto das observações do estudo referenciado:

“(...) APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR

MORTE SUPOSTAMENTE PROVOCADA PELO CONSUMO DE CIGARROS - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICABILIDADE RESTRITA AOS FATOS OCORRIDOS APÓS SUA VIGÊNCIA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA, PORÉM ABRANDADA, DO FORNECEDOR - DEFEITO OU INSUFICIÊNCIA DE INFORMAÇÃO NÃO VERIFICADOS - CONHECIMENTO DOS MALEFÍCIOS DO CIGARRO - AUSÊNCIA DE PROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE - LIVRE ARBITRÍO NO CONSUMO DO PRODUTO CAUSADOR DE DEGENERESCÊNCIA DA SAÚDE - CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR - INDENIZAÇÃO INDEVIDA - RECURSO DESPROVIDO. *Nas relações de consumo, salvo naqueles contratos ainda em curso, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, a despeito de ser norma cogente e, portanto, de incidência imediata, se restringe aos fatos ocorridos após sua vigência, sob pena de violação do ato jurídico perfeito e malferimento da Constituição Federal. Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do fornecedor será objetiva se verificados defeitos ou ausência de informação relacionada ao produto colocado no mercado. Tal responsabilidade, não obstante ser objetiva, é abrandada já que previstas expressamente algumas excludentes, dentre as quais a inocorrência do defeito e a culpa exclusiva do consumidor, cuja comprovação isenta o dever indenizatório por parte do fornecedor. Age no exercício regular do direito, o fornecedor que observa a legislação regulamentar da sua atividade, não podendo ser considerada ilícita a não-divulgação de informações a que por lei não estava obrigado.” (TJSC, Apelação Cível n. 2002.012964-5, j. 09-11-2004).*

A decisão acima referida remonta ao ano de 2004, anterior à Convenção-Quadro para Controle do Tabaco da Organização Mundial de Saúde (OMS).

Contudo, também em decisões da Corte Estadual proferidas posteriormente, em 2013 e 2011, restou mantida igual diretriz interpretativa em ações indenizatórias envolvendo o tabagismo:

i) (...) *2. A utilização de cigarros representa hábito antigo, que precede, inclusive, à industrialização capitalista e à propaganda do produto. Durante muito tempo foi aplaudido pela sociedade, tanto é que a sua exploração comercial sempre foi atividade lícita no Brasil, e partiu de um tempo em que não havia restrição de nenhum tipo. Outrossim, mesmo após a descoberta da nocividade, houve um lapso temporal de tolerância social e de prestígio, sobretudo enquanto ainda se discutia o raio de risco a saúde. É o quanto basta para obstar que se impute aos fabricantes, cabalmente, a má-fé objetiva pelos anúncios que veiculavam. Na verdade, antes da edição da Portaria n. 490, de 25 de agosto de 1988, do Ministério da Saúde, não havia preceito algum que impusesse aos fabricantes a obrigação de veicular advertência sobre os riscos decorrentes do consumo de cigarros, o que suprime a infringência de dever legal àquele tempo, já que não havia norma que assim impusesse. (Apelação Cível n. 2009.025170-7 ...)(TJSC, Apelação Cível n. 2013.020589-9, j. 14-05-2013).*

ii) (...) *O protesto por provas não obriga o seu deferimento, pois o art. 130 do CPC é categórico ao dispor que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*

No caso, absolutamente desnecessária maior dilação probatória, se a intenção por meio delas consiste em confirmar fatos - vício pela nicotina e associação entre o cigarro e a morte do parente -, que apenas gravitam em torno do tema central, atrelado que está à análise da suposta violação da boa-fé objetiva pela fabricante de cigarros, decorrente de omissão em alertar os riscos de uso, ou ainda exposição de propaganda enganosa, desde quando começou o consumo, o que prepondera sobre todo o resto. E nesse contexto é possível apreciar o cerne da lide apenas com lastro nos argumentos expendidos pelas partes e documentos presentes, sendo correto o julgamento antecipado da lide, a teor do art. 330, I do CPC. A utilização de cigarros representa hábito antigo, que precede, inclusive, à industrialização capitalista e à propaganda do produto. Durante muito tempo foi aplaudido pela sociedade, tanto é que a sua exploração comercial sempre foi atividade lícita no Brasil, e partiu de um tempo em que não havia restrição de nenhum tipo. Outrossim, mesmo após a descoberta da nocividade, houve um lapso temporal de tolerância social e de prestígio, sobretudo enquanto ainda se discutia o raio de risco a saúde. É o quanto basta para obstar que se impute aos fabricantes, cabalmente, a má-fé objetiva pelos anúncios que veiculavam. Na verdade, antes da edição da Portaria n. 490, de 25 de agosto de 1988, do Ministério da Saúde, não havia preceito algum que impusesse aos fabricantes a obrigação de veicular advertência sobre os riscos decorrentes do consumo de cigarros, o que suprime a infringência de dever legal àquele tempo, já que não havia norma que assim impusesse. Absorta, também, ilicitude

superveniente ao advento do Código de Defesa do Consumidor, pois não se evidencia defeito do produto, nem por falta de informação ou por publicidade enganosa, a teor do art. 12 do propalado diploma. Trata-se, ao contrário, de produto cuja periculosidade é intrínseca, e a respeito da qual o consumidor é ostensivamente alertado por força de imposição estatal, o que permite plenamente a sua venda, a teor do art. 8º do digesto consumerista. Sentença de improcedência do pleito indenizatório mantida e recurso desprovido." (TJSC, Apelação Cível n. 2009.025170-7, j. 10-05-2011).

Com todo o respeito que merecem os julgados analisados, observa-se a tendência de se imputar ao fumante a responsabilidade exclusiva sobre o seu trágico fim, argumento ao qual se alia outro de forte apelo jurídico - a licitude da atividade econômica desenvolvida pela indústria do tabaco.

Tanto um como outro argumento, entretanto, parecem não se sustentar a partir de uma análise mais ampliada e interdisciplinar do problema do tabagismo, como adiante se pretende apresentar.

E a cuidadosa avaliação dos julgados ganha significado singular dada a atual aproximação dos sistemas da civil law e common law no Brasil, fenômeno que tem emprestado crescente importância aos precedentes judiciais e, por conseguinte, sua maior estabilidade e reprodução em lides de igual natureza, como anota Luiz Guilherme Marinoni²²:

A segurança jurídica, postulada na tradição do civil law pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurá-la no ambiente da common law, em que a possibilidade

de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isto, fez surgir o princípio, inspirador do stare decisis, de que casos similares devem ser tratados do mesmo modo (treat like cases alike).

Aos poucos, todavia, o aprofundamento do conhecimento científico pelo meio jurídico sobre o tabagismo vem possibilitando a abertura de frestas na posição monolítica contrária às ações indenizatórias, como se pode observar em arejado e recente voto divergente proferido pelo Desembargador Ronei Danieli, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

"Destaco, como premissa fundante do voto, o inegável avanço da responsabilidade civil nas últimas décadas, iniciada com a revolução industrial e em franca marcha de progresso em prol do paradigma da integral reparabilidade dos danos verificados na sociedade.

Sob esse viés, ainda que a produção e comercialização do cigarro configure, desde sempre, atividade lícita (e extremamente lucrativa, ressalte-se), a prefalada permissão legal ao seu exercício não afasta, por si só, a responsabilização pelos danos intrínsecos desse mister.

Tanto é verdade que o teor do parágrafo único do artigo 927 do Código de 2002 não deixa margem para dúvidas sobre a obrigação nascida do risco da atividade, conforme preceitua sua redação:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar

²² MARINONI, Luiz Guilherme (coordenador). *A força dos precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2012, p. 11.

o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Corroborando a tese de uma responsabilização objetivada a legislação consumerista ao disciplinar como defeito, a ausência de informação clara e precisa concernente a determinado produto, potencialmente danoso em si mesmo.

*Dizer-se, por outro lado, como pretende a ré, que não se aplicam os referidos dispositivos ao caso em tela, porquanto deve ser contextualizada a relação travada à época com o consumidor, bem como mitigado o dever de informar a partir da própria mitigação do princípio da boa-fé objetiva, novamente pelo pretexto da conjuntura histórica de décadas passadas, é ignorar o caráter continuativo da relação, **substancialmente garantido pelo forte componente viciante de algumas das substâncias envolvidas na elaboração do produto em debate.***

Faço questão de reafirmar esse ponto: está-se julgando relação de consumo continuada no tempo, em grande parte considerando-se a dependência física e psicológica causada pelo cigarro e até a bem pouco tempo desconhecida nos meios médico e mais ainda entre os populares.

Assim, por se tratar de relação que perdura no tempo, impõe-se seja analisada sob o império do Código Civil vigente, da legislação

consumerista, também em vigor desde 1991, e da própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Tem-se, sem dificuldade, espécie que reflete um risco inerente da atividade lucrativa desenvolvida pela indústria fumageira e, por isso mesmo, deve-se rechaçar o primeiro fundamento da decisão guerreada, visto que a responsabilização transborda a mera análise da licitude ou não da conduta do agente.

Mesmo que assim não fosse, poder-se-ia, sob os auspícios do artigo 159 do anterior Diploma Civil, reconhecer a conduta comissiva de propagandear enganosamente o glamour relacionado ao consumo do tabaco ou mesmo uma conduta omissiva, ante ao dever de informar - ao menos a dependência decorrente do uso normal do produto - sob o manto da boa-fé objetiva e da eticidade, verdadeiros sustentáculos das relações contratuais, antecedentes, portanto, da obrigação emanada da lei.

Afinal, segundo lição de Fernando Noronha, o nexo de imputação, enquanto "fundamento ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio ou à pessoa de outra", pode ser sustentado por uma atuação culposa ou de risco. (Direito das Obrigações. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 472).

(...)

Diante dos conhecimentos científicos, acumulados ao longo de muitas décadas de consumo irrefreado e irrefletido da citada droga, pode-se concluir, sem medo de exagero, que o

consumo do cigarro é a negação do livre-arbítrio, razão pela qual não comungo do argumento encartado na sentença para configurar tal vício como fato exclusivo do lesado.

*Assim, registro mais esse ponto na discordância: **quando o autor optou por fumar, na década de 40, desconhecia os inúmeros malefícios do cigarro, bem como encontrava-se inserido em uma cultura popular de que fumar era uma escolha e não um vício.***

Por fim, concordo que o cigarro não contém defeito de concepção ou de produção apto a ensejar a responsabilização nos termos consumeristas, desvelando-se como um produto nocivo em si e por seu uso normal. Contudo, a informação tardia acerca de seus malefícios, sobretudo acerca de seu poder viciante (esta mais importante, no meu sentir), conecta o dano experimentado pelo autor ao risco do tabagismo, até então assumido exclusivamente pelas empresas fumageiras, na medida em que ocultado do público por tantos anos seus efeitos deletérios. Somente em décadas mais recentes esse risco fora repassado ao consumidor, precisamente pela informação clara e detalhada sobre as eventuais consequências do uso continuado do tabaco.

Concluindo, consigo conjugar os elementos necessários à responsabilização, notadamente o dano, o risco assumido exclusivamente pela ré ao retirar do consumidor o livre-arbítrio (pela ocultação de informações essenciais)

e o nexo de causalidade exigido para a hipótese em tela.

Pelo sopesamento dessas razões, fundamento o meu dissenso e registro meu voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, remetendo o cálculo do dano material à liquidação de sentença e fixando o dano moral em R\$ 100.000,00 (cem mil reais).” (TJSC, Apelação Cível n. 2013.050617-9, de Balneário Camboriú, j. 05-12-2013).

6. O Sistema Jurídico brasileiro e a Responsabilidade Civil da Indústria do Tabaco – Arcabouço Normativo Suficiente ao reconhecimento da indenizabilidade pelo produto nocivo em caso de dano ao consumidor

Conforme já afirmamos linhas atrás, a atuação da indústria do tabaco no Brasil encontra-se abrangida pela liberdade constitucional de exercer atividade econômica (art. 170, CF/88), ao que se soma a legislação infraconstitucional reguladora do comércio e tributação dos respectivos produtos, dentre eles o cigarro.

Contudo, essa liberdade de agir comercialmente, ou seja, a licitude da atividade não desobriga a indústria de suportar a responsabilidade civil sobre os riscos e danos provocados por sua atividade/produto.

Lembro que a ideia de dano e reparação é antiga, encontrando disciplina desde os romanos, estes que tão bem desenvolveram o dever de *neminem laedere*, ou seja, o dever de não causar danos a alguém, sob pena de indenizar.

No Brasil, as regras do Código Civil de 2002 sobre o dever de reparação (responsabilidade civil – art. 927) adotam tanto a tradicional teoria

da culpa subjetiva (imprudência, negligência e imperícia) como a teoria da culpa objetiva, residindo aqui especial interesse ao estabelecer a lei civil que *"haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem"*(art. 927, parágrafo único, CC/2002).

Isto é, se a atividade desenvolvida por alguém é potencialmente lesiva aos direitos das demais pessoas, em função da natureza dessa atividade, o autor fica obrigado a indenizar os danos causados independentemente de ter agido com culpa - imprudência, negligência e imperícia, **cabendo-lhe assumir os riscos de sua atividade.**

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem reconhecido e aplicado a teoria do risco na solução de diversas demandas indenizatórias, invocando a doutrina civilista nacional, como se observa na seguinte passagem do acórdão relativo ao julgamento da Apelação Cível n. 2007.012069-5:

"Comentando e aplaudindo a posição adotada na legislação, o Professor Silvio Rodrigues ensina o seguinte: 'A obrigação de reparar o dano independe de prova de culpa: a) nos casos especificados em lei, como naqueles mencionados no parágrafo anterior; b) quando o autor do dano, através de sua atividade, cria um risco maior para terceiros. A segunda hipótese é de considerável interesse, pois se inspira diretamente na teoria do risco em sua maior pureza. Segundo esta, como vimos, se alguém (o empresário, por exemplo), na busca de seu interesse, cria um risco de causar dano a terceiros, deve repará-lo, mesmo se agir sem culpa, se tal dano adveio. Ubi emolumentum,

ibi onus' (RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: responsabilidade civil: v. 4. 19ª edição: atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 162)."

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), em complemento às regras gerais do Código Civil, estabelece expressamente, como princípio fundamental, o *"reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo"* (art. 4º. I, CDC).

Essa vulnerabilidade, ensina Noronha²³, resulta de uma série de causas basicamente centradas na desigualdade de forças entre o consumidor e o fornecedor, este último detentor de forte poder econômico a seu favor.

Como exemplo, cita o doutrinador algumas causas concretas de fragilidade: disparidade de poder de negociação entre consumidor e fornecedor, o que leva a contratos desequilibrados; informação deficiente do consumidor em relação aos produtos e serviços disponibilizados no mercado, ou que induz a contratações precipitadas; oferta de produtos e serviços que não atendem ao objetivo proposto; danos causados por produtos ou serviços sem os requisitos de segurança exigíveis; inadequação do sistema jurídico tradicional para a reparação dos danos causados ao consumidor.

Ciente dessas e outras fragilidades e com o objetivo de dar consequência ao princípio básico consumerista antes referido, estabeleceu o legislador no CDC a *obrigatoriedade de proteção à saúde e segurança do consumidor* (art. 8º), ao mesmo tempo em que estabeleceu a responsabilidade objetiva do fabricante e produtor, nacional ou estrangeiro, inclusive o importador, sobre os riscos do produto (art. 12).

Com efeito, ainda que se possa sustentar que o produto comercializado pela indústria do tabaco traga em si uma

²³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2013, p. 355.

carga elevada de risco à saúde para quem adquire e utiliza o cigarro (previamente conhecida), *não quer nos parecer razoável admitir a completa irresponsabilidade da indústria nos casos em que o produto venha a produzir efetivamente danos à saúde do consumidor* (nexo de causalidade entre o dano e o produto), posto que a lei protege este último e o reconhece como vulnerável nas relações de consumo.

Se é certo que nem todo o fumante (ativo ou passivo) encontrará a morte ou a doença em razão do cigarro, *não menos certo é afirmar que a ciência médica atualmente pode identificar os casos em que o usuário do cigarro sofreu danos à saúde de gravidade elevada que o incapacitaram ou levaram à óbito*, casos em que resulta violada a proteção instituída pela lei civil e consumerista em favor do consumidor, ensejando, assim, o surgimento do dano indenizável.

Nunca é demais reafirmar que ao lucro se contrapõem o *risco e a responsabilidade pela atividade econômica* (art. 927, p. único, CC/2002).

Portanto, se a indústria do tabaco auferir lucro considerável (bônus) sobre ela também deve recair eventual custo decorrente dos danos provocados pela atividade (ônus).

E nem poderia ser invocada aqui a liberdade de contratar do consumidor, pois, nas palavras de Radbruch²⁴, *“a liberdade contratual do direito converte-se (...) em escravidão contratual na sociedade. O que, segundo o direito, é liberdade, volve-se, na ordem dos fatos sociais, em servidão”*.

Conforme adverte Noronha, no plano das relações de consumo, os consumidores são a parte frágil em disputa com a força do mercado e seus fornecedores, daí porque o reconhecimento pelo ordenamento

jurídico, ainda que tardio, da sua vulnerabilidade e necessidade de maior proteção.

E mais, *“o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado significa, entre outras coisas, uma nova visão do próprio conceito de justiça. Neste aspecto, similarmente ao que acontece no Direito do Trabalho devido ao princípio da hipossuficiência do trabalhador, a aplicação do princípio da vulnerabilidade do consumidor significa que a lei estabelece normas de proteção ao consumidor, há que aplicá-las, sem que isso queira dizer que a justiça assim feita padeça de parcialidade. Sem uma lei de proteção, o consumidor não pode resistir ao poder do fornecedor e é esmagado.”*²⁵

Parece não restar dúvida, pois, no âmbito do direito material civil (Código Civil e Código do Consumidor), sobre a possibilidade de responsabilização da indústria do tabaco quanto aos danos causados à saúde humana por seus produtos.

No plano processual, de seu turno, reconhecida a possibilidade jurídica das ações indenizatórias ou coletivas, a questão está centrada na produção da prova necessária à demonstração no dano e seu nexo de causalidade com o produto. Porém, aqui, abre-se ao magistrado o amplo ferramental probatório disponibilizado pelo Código de Processo Civil (perícias, documentos, testemunhas, etc.), suficiente ao desiderato de se demonstrar a responsabilidade do causador do dano.

7. O ônus social da atividade desenvolvida pela indústria do tabaco

Estabelecida a viabilidade jurídica de se buscar a justa

²⁴ Citado por: NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 360.

²⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 361.

indenização individual pelos danos sofridos pelo consumo de produtos oriundos do tabaco, cabe aqui ainda uma breve digressão sobre o ônus social da atividade desenvolvida pela indústria tabagista.

Isso porque, paralelamente ao *dano individual*, aquele causado diretamente ao fumante (ativo ou passivo), temos ainda o que denominamos de dano social, representado pela sobrecarga no custeio do sistema de saúde pública por toda a sociedade em razão do tratamento gratuito das doenças decorrentes do tabagismo²⁶.

No primeiro caso - *dano individual*, as ações indenizatórias podem trazer alguma reparação àqueles eventualmente prejudicados pelo uso do tabaco, mediante o pagamento de certa quantia pecuniária que, anota-se, no sistema jurídico brasileiro deve ser fixada dentro de parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade ao caso concreto, sem os exageros de que se tem notícia nos Estados Unidos da América do Norte.

No que se refere ao *dano social*, contudo, não se tem visto no Brasil a adoção de mecanismos tendentes a equilibrar ou minimizar os efeitos nocivos produzidos pela indústria do tabaco em desfavor da sociedade.

A cobrança de tributos mais elevados nessa categoria de produtos – cigarro – não supre a ausência de contrapartida da indústria pelo risco ou prejuízo potencial de sua atividade, porquanto o aumento da carga tributária se traduz apenas em mecanismo de desestímulo ao consumo e tem por destinatário o consumidor, quando é certo que o peso dos tributos é integralmente repassado pela indústria e comércio ao usuário final.

Para a *compensação social efetiva* a indústria do tabaco deveria ser submetida não a uma maior fiscalização das agências reguladoras

26 Deixo de abordar aqui, porque o trabalho está restrito às questões que envolvem a saúde humana, os danos ambientais provocados pela indústria do tabaco, desde o plantio do fumo e seus agrotóxicos, até a fumaça produzida pelos consumidores do tabaco que impregnam o ar de substâncias nocivas ao meio ambiente.

governamentais, mas sim *a instituição de alguma contribuição financeira compensatória para o sistema público de saúde (em nosso país, o Sistema Único de Saúde – SUS)*, a partir de dados estatísticos sobre as doenças causadas pelo cigarro, volume de internações e custo gerado para os cofres públicos e para a sociedade, em decorrência do tratamento médico/hospitalar dos consumidores (dependentes) de cigarros e congêneres derivados do tabaco.

Nesse ponto, sobre os custos sociais do tabagismo no Brasil, os dados compilados pela Associação Médica Brasileira, no já referido Projeto Diretrizes²⁷, mostram que no ano de 2005 o dispêndio do SUS com a hospitalização de pessoas com as principais doenças relacionadas ao uso do tabaco (câncer, doenças cardiovasculares e respiratórias) foi de aproximadamente R\$ 338.692.516,02. Os casos de câncer atribuíveis ao tabagismo aproximaram-se de 30% do custo hospitalar total do SUS para essa enfermidade.

No ano de 2008, o custo para o SUS das doenças tabaco-relacionadas foi da ordem de 21 bilhões de reais (mais precisamente R\$ 20.685.377.897,00), ou seja, 30% do orçamento do Ministério da Saúde, ou ainda, 3,5 vezes mais do que a arrecadação com impostos incidentes sobre os produtos do tabaco, conforme denuncia a Associação Médica Brasileira²⁸.

Enfim, o ordenamento jurídico brasileiro não só permite a responsabilização da indústria tabagista nos casos em que demonstrada a relação causal entre o consumo do

27 Associação Médica Brasileira. Projeto Diretrizes - Evidências Científicas sobre o Tabagismo para subsídio ao Poder Judiciário. Participantes: Mirra AP, Reichert J, Silva CAR, Martins SR, Meirelles RHS, Issa JS, Hallal ALC, Silva VLC, Cavalcante TM, Corrêa da Silva LC, Araujo AJ, Sales MPU, Homsí CM, Vianna CGF, Mendes FL, Carvalho AP, Andreis M, Fundação do Câncer. 12.03.2013, p. 40. Os dados foram extraídos do seguinte trabalho: Pinto, MFT. Custos de doenças tabaco-relacionadas. Uma análise sob a perspectiva da economia e da epidemiologia [Tese de doutorado]. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, Ministério da Saúde, 2007.

28 Associação Médica Brasileira. Projeto Diretrizes - Evidências Científicas sobre o Tabagismo para subsídio ao Poder Judiciário. Participantes: Mirra AP, Reichert J, Silva CAR, Martins SR, Meirelles RHS, Issa JS, Hallal ALC, Silva VLC, Cavalcante TM, Corrêa da Silva LC, Araujo AJ, Sales MPU, Homsí CM, Vianna CGF, Mendes FL, Carvalho AP, Andreis M, Fundação do Câncer. 12.03.2013, p. 40.

tabaco (fumante ativo, fumante passivo – crianças, idosos e profissionais) e a doença detectada, como também possibilita ao Estado, na condição de responsável primeiro pela tutela da saúde pública, da dignidade da pessoa humana e da segurança do consumidor em relação aos produtos e serviços disponibilizados pelo mercado, a adoção de mecanismos capazes de compensar os danos à sociedade impostos pela exploração dessa atividade econômica de alta nocividade para a saúde da sociedade, medidas estas que não podem ser confundidas com a simples exacerbação de taxas e impostos, pois, no mais das vezes, sabemos que a tributação sabidamente acaba sendo repassada ao consumidor.

O Supremo Tribunal Federal, em um dos seus inúmeros precedentes, ao tratar do direito público à saúde e a responsabilidade do ente estatal, deixou consignado em fortes cores que *"o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional"* (RE 271.286-AgrR, Rel. Min. Celso de Mello).²⁹

Enfim, nas oportunas palavras de Noronha, "hoje já são pontos assentes no Direito das Obrigações a necessidade de procurar maior equilíbrio entre direitos e obrigações das partes nos contratos (justiça substancial) e de fazer recair sobre quem exerce profissionalmente uma atividade econômica, organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços, a obrigação de arcar com todos os ônus resultantes de qualquer evento danoso inerente ao processo produtivo ou distributivo (risco de empresa)."³⁰

8. O papel do Judiciário no controle do tabagismo no Brasil

A partir das informações e dados preliminares acima apresentados, possível refletir agora com maior balizamento teórico e científico sobre o papel do Judiciário no controle do tabagismo no Brasil.

Com a devida vênia aos julgados acima transcritos e tantos outros que recusaram a reparação aos fumantes, penso que *a primeira contribuição do Poder Judiciário para a adequada equalização dos conflitos envolvendo consumidores e a indústria do tabaco está na melhor compreensão das doenças advindas do uso do cigarro, ou seja, no aprofundamento do conhecimento médico-científico nessa área.*

Não se pode pensar, nos tempos de hoje, em simplesmente impedir o exercício da indústria do tabaco, posto não ser a única a produzir produtos potencialmente maléficos à saúde humana e comercializados livremente com a placitude do Poder Público (bebidas alcoólicas, armamentos, etc.).

Contudo, a melhor compreensão da dinâmica que envolve o consumo do cigarro e suas consequências pode *qualificar o conteúdo das decisões judiciais*, na medida em que o julgador passa a ter melhores condições de avaliar sobre a necessidade de colher elementos de prova no caso concreto para a avaliação do nexo de causalidade entre a doença e o tabagismo.

Uma segunda reflexão conduz à *possibilidade do Poder Judiciário ser mais receptivo às ações coletivas* no âmbito da proteção do consumidor contra eventuais abusos praticados pela indústria do tabaco (restrição da propaganda, uso de substâncias nocivas/cancerígenas, utilização de substâncias comestíveis para atrair o consumidor, revenda em locais próximos de escolas, etc.).

29 Brasil. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011, p. 1901.

30 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 363.

Isso porque as ações coletivas possuem maior alcance prático na correção de rumo da atividade econômica que se encontra em desalinho com a legislação protetiva do consumidor, possibilitando ainda uma gama ampliada de soluções capazes de trazer maior proteção social em relação aos riscos do produto, principalmente em razão do custo milionário imposto à sociedade por conta das doenças tratadas pelo Sistema Único de Saúde em decorrência do tabagismo, a exigir uma contrapartida por parte de quem lucra com esse custo social.

Um terceiro e último aspecto também merece ser destacado, qual seja a revisão da posição do consumidor tabagista no plano da responsabilidade civil, a partir do conhecimento médico-científico sobre a potencialidade de o cigarro causar vício ou dependência.

Conquanto o próprio CDC tenha destacado a situação de vulnerabilidade do consumidor, a Justiça, no mais das vezes, no plano do tabagismo ainda tem posicionado o usuário do cigarro como o único responsável pelo seu vício.

Essa postura judicial conservadora, a partir do conhecimento médico-científico existente e antes referenciado, precisa mudar seu eixo, notadamente se considerarmos que o uso indiscriminado do cigarro se dá com a permissão do Poder Público, ao admitir tal atividade econômica lucrativa a partir da produção e comercialização de um produto sabidamente perigoso para a saúde humana e potencialmente causador de dependência.

Aliás, não bastasse os componentes comprovadamente cancerígenos presentes nos produtos derivados do tabaco, deve-se ter em mente que a nicotina é classificada como uma substância psicoativa, ou seja, causa dependência química em seu usuário, o que

afasta a capacidade de livre arbítrio do fumante.

Como afirma o estudo da Associação Médica Brasileira, baseado em pesquisas científicas, *"o fumante é uma pessoa que contraiu uma doença crônica, uma dependência química à nicotina, que o obriga a se expor a mais de 4.700 substâncias tóxicas, e que leva ao óbito metade de seus usuários."*³¹

Assim, *transmudar o fumante, ativo ou passivo, de vilão para vítima*, como prescreve a lei consumerista, pode produzir um resultado diverso na análise de cada caso concreto.

Essa nova postura do aplicador do direito abrirá amplas janelas para a distribuição da verdadeira justiça, como resultado da aproximação de ciências de grande relevo como a Medicina e o Direito, ambas buscando a construção de uma sociedade mais humana, justa, solidária, saudável, e preocupada, precipuamente, com a dignidade da pessoa humana, muito mais do que com o resultado econômico de suas invenções.

Conclusão

A síntese de todas as questões desenvolvidas pode ser representada pelas seguintes conclusões, sem embargo das discussões que a matéria ainda pode suscitar:

a) o Direito e a Medicina enquanto ciências devem compartilhar suas experiências e conhecimentos para a solução adequada de diversos tipos de litígios, dentre eles as ações indenizatórias que envolvem danos à saúde provocados pelo consumo de produtos derivados do tabaco;

b) a indústria tabagista encontra suporte constitucional para desenvolver sua atividade econômica (art. 170,

³¹ Associação Médica Brasileira. Projeto Diretrizes - Evidências Científicas sobre o Tabagismo para subsídio ao Poder Judiciário. Participantes: Mirra AP, Reichert J, Silva CAR, Martins SR, Meirelles RHS, Issa JS, Hallal ALC, Silva VLC, Cavalcante TM, Corrêa da Silva LC, Araujo AJ, Sales MPU, Homsí CM, Vianna CGF, Mendes FL, Carvalho AP, Andreis M, Fundação do Câncer. 12.03.2013, p. 07.

CRFB/88), mas ao Poder Público cabe o dever de regular adequadamente o exercício dessa atividade, observando como norte o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana;

c) a indústria do tabaco tem conhecimento de que o fumante e as pessoas submetidas à fumaça do cigarro ficam expostos a mais de 4.700 substâncias tóxicas, e que o consumo continuado do produto leva ao óbito metade de seus usuários;

d) as evidências científicas sobre o tabagismo comprovam a relação direta entre o consumo do tabaco e o surgimento de diversos tipos de doenças graves, capazes de levar o consumidor ao óbito ou a sérias restrições à saúde;

e) a nicotina, substância presente no cigarro, pode ser considerada uma substância psicoativa e classificada como estimulante do Sistema Nervoso Central (SNC), causadora de dependência química ao usuário, capaz de comprometer o livre arbítrio ou a capacidade de decidir de forma autônoma sobre os perigos do cigarro e a necessidade de parar de fumar;

f) o arcabouço normativo brasileiro (Constituição Federal, Código Civil e Código de Defesa do Consumidor) permite a responsabilização civil da indústria do tabaco pelos danos causados à saúde dos consumidores dos seus produtos;

g) a jurisprudência majoritária dos tribunais brasileiros ainda tem se mostrado refratária ao acolhimento das ações indenizatórias movidas por fumantes ou familiares contra a indústria do tabaco;

h) o conhecimento científico disponível atualmente está a exigir uma mudança de postura do Judiciário brasileiro no enfrentamento dos litígios envolvendo

a indústria tabagista e seus consumidores;

i) a partir do aprofundamento dos estudos sobre os danos à saúde provocados pelo consumo do tabaco, torna-se superada visão de que fumar representa um mero hábito ou vício espontâneo, e exsurge a correta compreensão de que o fumante é vítima e dependente químico de um produto capaz de conduzi-lo à morte;

j) a exacerbação tributária do cigarro e outros produtos derivados do tabaco, como forma de desestimular essa atividade econômica, penaliza apenas o usuário, seja porque na maioria dos casos se trata de um dependente químico que não consegue mais controlar a compulsão pelo consumo, seja porque o peso do tributo acaba sendo repassado ao consumidor final, tal como ocorre normalmente em outros segmentos econômicos;

K) o Poder Público pode instituir mecanismos de compensação financeira ao Sistema Único de Saúde em razão do comprovado ônus social provocado pela atividade da indústria do tabaco e seus produtos (CF/88, arts. 170, V, 194, 195, I, b,c, § 4º, 196).

Referências Bibliográficas

ACTbr – Aliança de Controle ao Tabagismo. **O veredicto final: trechos do processo Estados Unidos x Philip Morris**. 1. ed. São Paulo: ACTbr, 2008, 60 p.

AMB - Associação Médica Brasileira. **Projeto Diretrizes. Evidências Científicas sobre o Tabagismo para subsídio ao Poder Judiciário**. Participantes: Mirra AP, Reichert J, Silva CAR, Martins SR, Meirelles RHS, Issa JS, Hallal ALC, Silva VLC, Cavalcante TM, Corrêa da Silva LC, Araujo AJ, Sales MPU, Homsy CM, Vianna CGF, Mendes FL, Carvalho AP, Andreis M, Fundação do Câncer. Publicação

AMB, 12.03.2013, 71 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Cursos de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, 515 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011, 2117 p.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000, 498 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. 1504 p.

DAVID, Renè. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 686 p. Título original: "Les grands systèmes du droit contemporains".

GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. **Livre-arbítrio do viciado – quando os juízes ignoram a ciência; in Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro**. Clarissa Menezes Homsí – Coordenadora. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 141.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MAIA, Newton Freire. **A ciência por dentro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme (coordenador). **A força dos precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2012, 632 p.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governó, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 235 p.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013, 754 p.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **Ações indenizatórias contra a indústria do tabaco: estudo de casos e jurisprudência**. São Paulo: ACTbr, 2011, 122 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. revista e atualizada nos termos da reforma constitucional [até a emenda constitucional n. 35, de 20.12.2001]. São Paulo: Malheiros, 2002. 878 p.

Souza Cruz: **história e ideologia contemporânea sobre responsabilidade social**. **Revista Internacional Interdisciplinar Interthesis**, vol. 07. nº 02. DOI: 10.5007/1807-1384.2010v7n2p276.

TAVARES, André Ramos. **Manual do Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2012, 415 p.

THE WORLD BANK. **Curbing the epidemics: governments and the economics of tobacco control**. Washington: World Bank; 1999; in "Projeto Diretrizes - Evidências Científicas sobre o Tabagismo para subsídio ao Poder Judiciário", AMB, 2013, p. 4.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. vol. I. 37 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VEDOVATO, Luís Renato. **A Convenção-Quadro sobre o controle do uso do tabaco: consequências para o ordenamento jurídico brasileiro; in Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro**. Clarissa Menezes Homsí – Coordenadora. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, 400 p.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Report on the global tobacco epidemic 2008. The MPower Package**. Geneve: WHO: 2008; in "Projeto Diretrizes - Evidências Científicas sobre o Tabagismo para subsídio ao Poder Judiciário", AMB, 2013, p. 4.

O novo paradigma *do tabaco*: do “*senso comum teórico*” ao contexto científico.

Sumário

Introdução, 1. O tripé informacional, 2. O “venire contra factum proprium”, 3. Da responsabilidade civil ao direito de danos, 4. Contexto científico, Conclusão, Referências Bibliográficas.

Palavra- chave

tabaco, ausência de informação plena, comportamento contraditório da indústria, novo paradigma, proteção à vítima, contexto científico.

Keywords

tobacco, lack of information, controvertial behavior of the industry, new comparison, victim protection, scientific context.



Renata Domingues Balbino Munhoz Soares

Doutora e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Privado pela Escola Paulista da Magistratura. Professora de Direito Civil e Empresarial do Mackenzie. Membro da Comissão de Assistência à Saúde da OAB-SP. Autora de obras jurídicas.

Introdução

A visão paradigmática¹ do tabaco e o tratamento que recebeu da comunidade desde a década de 1950 até a década de 1990, que a ciência já superou ao admitir como inequívoca a relação tabaco-câncer, mas a que o Direito insiste em se prender, deve ser substituída por uma nova visão.

Esse paradigma do tabaco foi estabelecido com base no “senso comum teórico dos juristas” e no “senso comum da sociedade”, que teve como alicerce as informações prestadas (ou plantadas) pelos fabricantes de cigarros.

Já está mais do que provada pela ciência a relação cigarro-doenças, como o câncer, que pode levar à morte, como tem se verificado em todo o mundo, de acordo com relatórios², pesquisas³ e tratados internacionais a respeito⁴.

A indústria do cigarro, no entanto, insistindo em confundir o consumidor, tem interesse em fomentar o que se denomina de “senso comum” ou “senso comum teórico”, termo utilizado por Luiz Alberto Warat para designar “as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito.”⁵

1 O termo “paradigma”, neste estudo, é usado no sentido atribuído por Thomas S. Kuhn, em sua obra “A estrutura das revoluções científicas”, e indica “toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada” e “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.” (KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 220).

2 O *World Cancer Report 2014*, de 03 de fevereiro de 2014, lançado pela agência especializada da OMS sobre estudos sobre o câncer, constata que o cigarro é o fator de risco mais importante para o câncer, responsável por cerca de 70% das mortes globais por câncer de pulmão e que a batalha contra o câncer não será vencida apenas com o tratamento.

3 O Governo dos Estados Unidos lançou, em 17 de janeiro de 2014, uma ampliação da lista de doenças vinculadas ao tabaco, que estabelece o tabagismo como causa de outras doenças (câncer de fígado, de cólon, diabetes melito de tipo dois, degeneração macular associada à idade, disfunção erétil, artrite reumatoide, perda da visão, aumento do risco de tuberculose e de gravidez extrauterina).

4 A Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT) foi o primeiro tratado internacional de saúde pública, da OMS (Organização Mundial da Saúde), ratificado pelo Brasil em 2005, promulgado pelo Decreto nº 5.658, de 2006.

5 WARAT, Luiz Alberto. Introdução geral ao direito. I. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 13.

Assim, a indústria tem utilizado os seguintes argumentos para tentar afastar a sua responsabilidade pelos danos causados à saúde do consumidor: a) trata-se de atividade lícita, não proibida pelo direito brasileiro; b) há informação ampla dos riscos do consumo de cigarro; c) a propaganda de cigarros não é enganosa, nem abusiva; d) não há nexo de causalidade entre a conduta das

Neste estudo, propomos a análise do tabagismo como grave problema de saúde pública, já atestado pela Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco como epidemia global, com consequências graves geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco, em todo o mundo.⁶

Antes do tratamento dispensado pela Constituição Federal de 1988, e, pelo Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente desde a década de 1950, já se podiam prever os malefícios que o cigarro causava, e não havia limites suficientes à atividade das empresas produtoras de tabaco.

Tal situação ocasionou um panorama mundial de preocupação com as taxas crescentes de tabagismo e suas consequências devastadoras para a saúde humana.

Com a adoção da Política Nacional de Consumo, a informação passou a ser vista, expressamente, como a base de toda a relação entre fornecedor-consumidor, o que culminou com o ajuizamento de inúmeras ações de indenização de usuários de cigarro contra os fabricantes pelos danos causados à saúde, julgadas majoritariamente improcedentes pelo Poder Judiciário Brasileiro.

No entanto, é de se constatar a ineficácia parcial dos limites legais pré-estabelecidos, o que tem gerado uma preocupação do Estado em disciplinar, tanto na esfera federal, quanto estadual e municipal, o uso do cigarro em locais públicos e privados, o aumento de sua carga tributária, a criação de embalagens padronizadas (seguindo o exemplo da Austrália, Irlanda e Uruguai), a proibição de aditivos e sabores nos cigarros, a extensão de vedação da publicidade aos postos de venda, a impossibilidade de comercialização

empresas e o dano à saúde do consumidor; e) prescrição; f) livre-arbítrio do consumidor; dentre outros.

6 Preâmbulo da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco.

do e-cig ou cigarro eletrônico, etc.

A despeito dessas providências, não se logrou garantir ainda efetivamente o direito à saúde dos consumidores e dos indivíduos expostos à fumaça do cigarro, sendo necessário um aperfeiçoamento dos instrumentos de prevenção e controle.

Para a sustentação de um novo paradigma do tabaco, propomos considerar a informação como um tripé fundamental, a atuação do fabricante numa análise contextual de décadas e a responsabilidade civil como o direito de danos, baseadas em pressupostos mais flexíveis e condizentes com a nova realidade científica global.

1. O tripé informacional

Ao direito à informação⁷, que detém o indivíduo, corresponde o dever de prestá-la, de forma ampla e efetiva, pelo fabricante, sob pena de responsabilidade.⁸

É inexigível do indivíduo-consumidor, alvo da publicidade da indústria de cigarros, nas sociedades de consumo de massa atuais, a busca pela fidedignidade da informação veiculada.⁹ Ao contrário, cabe ao fabricante o dever de prestá-la, em cumprimento ao tripé informacional exigido pelo Código de Defesa do Consumidor (informação clara, completa e confiável).

7 "O direito à informação, conferido ao consumidor, é espécie do gênero direitos fundamentais, como especificação da tutela constitucional do consumidor, tendo sido expressa e conjuntamente previsto nos incisos XIV, XXXII e XXXIII, do artigo 5º, da CF/88. Essas normas são de aplicabilidade imediata, como direitos de prestação e proteção, dirigidos ao legislador, ao Judiciário (neste caso, como critérios nucleares de interpretação), à Administração Pública e aos particulares, conformadores das normas infraconstitucionais, inclusive do CDC." (Conclusão n. 1 do painel referente ao direito básico à informação, no V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, Belo Horizonte, de 2 de maio de 2000, aprovado por unanimidade) (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 215-216).

8 PIOVESAN, Flávia; SUDBRACK, Umberto Guaspari. *Direito à saúde e o dever de informar: direito à prova e a responsabilidade civil das empresas de tabaco*. HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 118.

9 DIAS, Eduardo Rocha.3. Coleção Luso-Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 317.

A oferta e a apresentação do produto devem assegurar informações precisas e ostensivas sobre suas características e riscos. No caso do cigarro, se as informações são veiculadas por meio dos rótulos e esses possuem espaço tão limitado, não há como crer na afirmação do fabricante de que as características, riscos e doenças que o fumo pode causar são objeto de informação completa.

Ou o consumidor é enganado pela "informação em pacote", ou pelo "senso comum" de que todos sabem que o cigarro faz mal à saúde.

Ademais, o princípio da transparência da fundamentação confere concretude ao princípio da veracidade, ao exigir que o fornecedor, na publicidade de seus produtos mantenha à disposição dos interessados todos os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.¹⁰

No caso do tabaco, o consumidor não tem condições de levantar dados ou executar testes com o produto, ficando dependente das informações e dados científicos do fabricante, que, por décadas escondeu intencionalmente da comunidade global que conhecia os malefícios do cigarro, inclusive patrocinando publicidade enganosa e pesquisas científicas que pudessem manter na dúvida a certeza que já possuíam.¹¹

Não se pode esperar desse fabricante hoje uma

10 DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 72.

11 Na obra "Merchants of Doubt", cientistas da Universidade da Califórnia concluem que, desde as décadas de 1950 e 1960, a indústria tinha conhecimento de que o tabaco causava câncer e que a nicotina era viciante. As estratégias da indústria foram consubstanciadas, portanto, no financiamento de pesquisas científicas para manter a dúvida a respeito da relação cigarro-câncer, usar cientistas como testemunhas especializadas, bem como criar comitês de pesquisa para desafiar as evidências científicas. (ORESQUES, Naomi; CONWAY, Erik. M. *Merchants of Doubt. How a Handful of Scientists Obscured the Truth on Issues from Tobacco Smoke to Global Warming*. New York: Bloomsbury Press, 2011, p. 13).

mensagem de credibilidade. Nos remédios, há bulas para informação; nos cigarros, não. Os remédios podem trazer algum benefício à saúde; os cigarros só fazem mal.¹²

O fundamental, hodiernamente, é que se possa exigir dos fabricantes, seja pelo Estado, pela sociedade, ou pelos próprios consumidores, informações sobre o consumo, os cuidados, os efeitos colaterais, inclusive aquelas contrárias aos seus próprios interesses, já que estamos na esfera de um problema de saúde pública (como nos medicamentos, em que há informações pelo fornecedor de efeitos colaterais, muitas vezes graves, como o suicídio e até a morte).¹³

Como bem ressalta Cláudio José Franzolin, “as informações devem ser redimensionadas de modo que possam, cada vez mais, racionalizar a decisão dos consumidores.”¹⁴

As informações existentes ainda não são eficientes no tocante aos já fumantes, nem tampouco suficientes a impedir o surgimento de novos fumantes.

Há que se pensar por que as mensagens de advertência aos consumidores não provocam uma

mudança de comportamento.

Em primeiro lugar, como fumar é um vício, a substância viciante encontrada no cigarro, a nicotina, que produz tanto mal à saúde, desperta para vários problemas, como psiquiátricos, alteração de humor, ansiedade e cognição, depressão, pânico, esquizofrenia, transtorno de déficit de atenção e hiperatividade, doença de Alzheimer¹⁵, o que dificulta ainda mais deixar de fumar.

Tanto a liberdade daquele que se inicia no hábito de fumar, quanto a liberdade do já fumante (para parar de fumar) são manifestações de vulnerabilidade, seja por idade (menores), por incapacidade, por dependência (nicotina) ou mesmo vulnerabilidade informacional, por ausência de informação (como ocorreu durante o século XX) ou informação insuficiente, incompleta, imprecisa e sem credibilidade (no final do século XX e no século XXI).

Quanto à ausência de informação, além de a indústria não informar os malefícios do cigarro à saúde e a dependência da nicotina, durante todo o século XX, a indústria estimulou o fumo mediante publicidade enganosa e abusiva (valendo-se da figura de médicos, enfermeiras, atletas, cantores, estrelas de hollywood, personagens de filmes infantis, crianças, jovens, bebês e até do Papai Noel!).

No século XXI, a informação é caracterizada como insuficiente, ou seja, a mínima informação existente de que o cigarro faz mal à saúde e causa doenças, como câncer, é resultado de apenas uma década de imposição pelo Estado de advertências nos pacotes, sem, contudo,

12 Muito embora os fumantes afirmem que o cigarro traz uma sensação de prazer, faz um “bem psicológico”. A crença de que o tabaco traz possíveis benefícios à saúde psíquica dos consumidores ainda resiste, equivocadamente, aos resultados alcançados pela Ciência. [OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Direito de (não) fumar. Uma abordagem humanista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 52]. Ocorre que, essa sensação de prazer está associada aos efeitos que a nicotina causa no cérebro. Explica Drauzio Varella que, “quando as moléculas de nicotina encontram os receptores ávidos por ela, ocorre grande liberação de vários neurotransmissores, entre eles a dopamina, responsável pela sensação de prazer e euforia que leva à dependência química.” (VARELLA, Dráuzio; JARDIM, Carlos. *Guia prático de saúde e bem-estar. Cigarros*. Coleção Doutor Drauzio Varella. Barueri: Gold, 2009, p. 14). Assim, o bem-estar momentâneo, causado pela nicotina, será substituído por um mal-estar crônico. Há uma irreal sensação de bem-estar. Como bem explica Amanda Flávio de Oliveira, “superar esse mito significa compreender que bem-estar é um estado de espírito que se prolonga no tempo por um período maior do que apenas alguns segundos. Além disso, um mesmo ato não pode ser capaz de gerar bem e mal-estar na pessoa. Assim, se se considera que doenças graves como as tabaco-associadas e mortes prematuras delas decorrentes nada têm a ver com bem-estar, não se pode aceitar o ato de fumar como capaz de gerar essa sensação.” [OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Direito de (não) fumar. Uma abordagem humanista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 70].

13 A informação “pode se manifestar por intermédio de conselhos, recomendações, divulgação de dados, orientações, mesmo que seu teor apresente mensagens contrárias aos interesses econômicos dos que têm o dever de fornecê-la; o que aparentemente, pode até ressoar paradoxal a um Estado capitalista. Sucede que o Estado é também, e acima de tudo, Democrático e Social, e, por isso, a liberdade de mercado concorre com outros valores e princípios.” [FRANZOLIN, Cláudio José. Assimetria informacional na relação entre o consumidor e o fabricante de produtos de tabaco. HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). *Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 167].

14 FRANZOLIN, Cláudio José. Assimetria informacional na relação entre o consumidor e o fabricante de produtos de tabaco. HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). *Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 167. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 167.

15 FRANZOLIN, Cláudio José. Assimetria informacional na relação entre o consumidor e o fabricante de produtos de tabaco. HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). *Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 167 e 169, nota 47.

impedir a estratégia da indústria de estimular a dúvida nos indivíduos, embasada até pela ciência que patrocinou.

Ademais, frequentemente lemos nos jornais novas proibições ou restrições lançadas pela ANVISA quanto aos componentes dos cigarros, já utilizados e conhecidos pelos fabricantes.

Assim, afirmamos que a informação ainda não é precisa, é incompleta e omite dados científicos relevantes, como ocorreu inicialmente com o poder viciante da nicotina, e hoje podemos constatar com a utilização de aditivos de sabor, que conferem sabor doce e que potencializam a ação da nicotina no organismo, pois utilizados como estratégia para conquistar o público adolescente e as mulheres.

Além disso, não passa credibilidade ao fumante, que, provavelmente, iniciou-se no hábito de fumar quando a própria indústria afirmava que o cigarro fazia bem à saúde (ou pelo menos, não informava que fazia mal)¹⁶, e agora convive com determinações do poder público de informação de malefícios à saúde e, ao mesmo tempo, é vítima de publicidade que convida a “seguir o próprio instinto” ou “criar o próprio momento” (como na publicidade atual do cigarro “Marlboro”, feita nos postos de venda).¹⁷

2. O “venire contra factum proprium”

Situando os argumentos jurídicos dos envolvidos em uma perspectiva histórica, e considerando que toda decisão judicial que envolve, direta ou indiretamente, a garantia de direitos sociais e econômicos, não pode prescindir de uma inserção no todo social, podemos concluir que foi a própria indústria do tabaco que teve um comportamento contraditório (“venire contra factum proprium”), ao afirmar, na década de 1950, que fumar era saudável, sexy, trazia poder e fama, que a nicotina não viciava (até que era usada para tratamento médico) e depois admitir que se tratava de um fato notório (faz mal à saúde).

Assim, em se tratando de ações que envolvem direito à saúde do cidadão, seja para protegê-la em relação ao fumante, seja para protegê-la em relação ao não fumante (ou fumante passivo), há que se pensar num julgamento que insira o conflito individual (relação fabricante-consumidor) na “totalidade em que se acham”¹⁸, sob pena de os resultados da análise e do julgamento serem imprevisíveis¹⁹.

É de se pensar que, desta forma, no julgamento das ações individuais de indenização pelos danos causados pelo consumo de cigarro, e segundo as palavras de José Reinaldo de Lima Lopes:

(...) consciente ou inconscientemente, quando o Judiciário julga estas questões de caráter econômico-social, ele está envolvido num sistema mais amplo de relações e o resultado final do caso particular pode ser um e o resultado global, social e a longo prazo de tais julgamentos pode ser outro, até mesmo contrário ao desejado pelos juízes em particular.²⁰

16 A maioria das ações judiciais julgadas até hoje tratam de fumantes que iniciaram o consumo de cigarro há décadas!

17 Disponível em: <http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/902_be_marlboro.pdf>.

18 LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do poder Judiciário. In: FÁRIA, José Eduardo (org.). Direito e Justiça. A função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989, p. 139.

19 LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do poder Judiciário. In: FÁRIA, José Eduardo (org.). Direito e Justiça. A função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989, p. 139.

20 LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do poder Judiciário. In: FÁRIA, José

Nessa esteira de preocupações, o Conselho Nacional de Justiça, na Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, fixou diretrizes para uma nova política judiciária da saúde, dentre elas a necessidade de “o direito sanitário ser incluído como matéria específica em cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados.”²¹

A indústria do cigarro, diante de um comportamento afirmativo e cooptante de que o cigarro fazia bem à saúde e à beleza (curava asma, dor de garganta, rinite, gripe e falta de ar, etc.) durante as décadas de 20, 30, 40, 50 e 60, gerou no consumidor uma legítima expectativa de que o produto poderia, e mais, deveria ser consumido, não podendo, posteriormente, frustrar essa expectativa, sem informar corretamente (tripé: informação completa, transparente e de credibilidade), apresentando um comportamento incoerente, afirmando ser um produto que notoriamente causa mal à saúde (como tem feito hodiernamente).

Trata-se da adoção do princípio de que a ninguém é dado contrariar os próprios atos (*nemo potest venire contra factum proprium*), fundamentado no direito civil brasileiro pelo princípio da boa-fé objetiva e pela tutela da confiança.²²

A adoção da regra do “*venire contra factum proprium*” no caso do uso do tabaco gira em torno de uma questão crucial: o cidadão fumante não assumiu o risco de utilizar o produto “sabendo” por informação prestada pelo fabricante que se trata de um fator de risco de doenças graves, como o câncer, e que pode provocar, inclusive, a morte.

Eduardo (org.). Direito e Justiça. A função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989, p. 139.

21 O Projeto Diretrizes “Evidências Científicas sobre Tabagismo para Subsídio ao Poder Judiciário”, de autoria da Associação Médica Brasileira, em parceria com a Aliança de Controle do Tabagismo, tem por objetivo “aprimorar e ampliar o diálogo entre as áreas técnicas do Direito e da Saúde”, fornecendo subsídios ao Poder Judiciário “com informações atualizadas sobre tabagismo, já consolidadas do ponto de vista científico e fundamentadas em evidências clínicas. Além disso, impõe-se descortinar as estratégias adotadas pela indústria do tabaco a fim de negar tais constatações científicas e clínicas.” (Projeto Diretrizes, AMB, p. 3).

22 SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 62 e 65.

A informação a respeito das características e riscos do produto são a base para a escolha livre do cidadão fumante, sem elas a escolha está viciada.

Quanto a um dos argumentos utilizados pela indústria do cigarro, o livre arbítrio do fumante, não se pode transferir ao consumidor todo o peso do consumo de cigarros.²³ Tal argumento somente seria legítimo se adviesse de uma atividade refletida por parte do consumidor.

Os fabricantes de cigarro, no intuito de manterem o consumidor cativo, passaram a inserir nos componentes do cigarro substâncias que acarretam dependência, obrigando-o a consumir cada vez mais.²⁴

Em razão disso, o organismo fica numa premente necessidade química, o que acaba por impedir que o fumante aja livremente, ou seja, o livre arbítrio não é mais o único determinante para que a pessoa deixe de fumar.²⁵

3. Da responsabilidade civil ao direito de danos

A responsabilidade civil, que tinha principalmente a função de reparar um dano causado, deve ser vista de outra forma em se tratando de direitos relacionados à saúde pública, em que a preservação do bem maior deve ser perseguida. Assim, hodiernamente, passa-se da preocupação com o comportamento lesionante do agente para o evento danoso em si e para os danos injustos sofridos pela vítima. É o chamado direito de danos.

23 TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, Embargos Infringentes nº 9134290-86.2006.8.26.0000/50000, Declaração de voto vencido, Des. Caetano Lagrasta, j. 19.09.2012. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>> Acesso em: 11.04.2013.

24 TJRS, 5º Grupo de Câmaras, Embargos Infringentes nº 70028843514, Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, j. 17.12.2010, p. 12. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>> Acesso em: 11.04.2013.

25 TJRS, 5º Grupo de Câmaras, Embargos Infringentes nº 70028843514, Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, j. 17.12.2010, p. 12. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>> Acesso em: 11.04.2013.

No desenho contemporâneo da responsabilidade civil, é mais importante reparar a vítima do que punir o ofensor.

Segundo Joyceane Bezerra de Menezes, “o foco do direito dos danos deve alcançar a pessoa ou a coletividade vitimada e não apenas concentrar-se na conduta do agente causador do dano.”²⁶

O direito passa a trazer em seu epicentro a pessoa humana, irradiando efeitos para todos os seus segmentos. Como bem afirma Teresa Ancona Lopez, “a responsabilidade civil hoje é, na verdade, o Direito de Danos.”²⁷

O direito de danos, segundo Pablo Frota, “altera a perspectiva do intérprete, ao deslocar o âmbito de investigação da conduta do lesante para o dano.”²⁸ E mais, o direito de danos pretende:

- a)** ampliar o número de vítimas tuteladas, de danos reparáveis e de formas de reparação, por meio de flexibilização dos meios de prova, da diluição da antijuridicidade, da desnaturalização da culpa e da relativização do nexo causal (grifo nosso);
- b)** intensificar a responsabilização, concedendo-se reparações pecuniárias, proporcionais ao caso concreto, e também despatrimonializadas, como a retratação pública e as tutelas específicas de dar, fazer e não fazer, ou mesmo in natura;
- c)** fomentar os princípios da precaução e da prevenção diante da crescente socialização dos riscos e do incremento das situações de dano,

que ensejam uma noção de responsabilidade plural, solidária e difusa – haja vista a (re) personalização do direito civil (grifo nosso);

d) concretizar a responsabilidade sem danos, pois a possibilidade de sua verificação em potencial já acionaria o dever de reparar por parte daquele que possa vir a causá-lo;

e) densificar de maneira real e concreta os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana no que tange os riscos de danos a que está submetida em razão da evolução tecnológica dos bens e dos serviços postos para consumo, principalmente os relacionados à saúde e ao meio ambiente (grifo nosso);

f) garantir ampla e integral reparação às vítimas, com extensão de igual direito a todos quantos alcançados indiretamente pelo dano ou expostos ao risco que o provocou, mesmo que por circunstâncias fáticas, devendo nesta hipótese o valor da reparação ser destinado a um fundo voltado para o estudo e a pesquisa da antecipação e do equacionamento dos danos oriundos de determinadas atividades socioeconômicas (grifo nosso); e

g) aumentar as espécies de instrumentos reparatórios, coordenando-os com os já existentes, tais como fundos públicos substitutivos da responsabilidade civil para os casos mais comuns de danos, dentre outros.²⁹

No entanto, embora parte da doutrina defenda essa passagem da responsabilidade civil para o direito de danos³⁰, a maior parcela da jurisprudência e da

26 MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito dos danos na sociedade das incertezas: a problemática do risco de desenvolvimento no Brasil. In: *Civilista.com*. Ano 1. Número 1. 2012, p. 8.

27 LOPEZ, Teresa Ancona. Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 76.

28 BARROSO, Lucas Abreu; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*. Rio de Janeiro, vol. 43, ano 11, p. 99-114, julho a setembro de 2010, p. 105.

29 BARROSO, Lucas Abreu; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*. Rio de Janeiro, vol. 43, ano 11, p. 99-114, julho a setembro de 2010, p. 105-106.

30 No Brasil: Luiz Edson Fachin, Lucas Abreu Barroso, Pablo Malheiros da Cunha Frota, Marcos Catalan, Roberto Altheim, e outros. Na Argentina: Miguel Frederico Lorenzo, Roberto A.

legislação brasileira ainda não acolheu expressamente seus fundamentos.

Entendemos, porém, que a vítima dos efeitos diretos/ indiretos do uso do tabaco merece reparação pelos danos materiais e morais sofridos, segundo tal doutrina, sobretudo por atingir o direito social e fundamental à saúde, protegido constitucionalmente pela cláusula geral de proteção à pessoa humana.³¹

Como a teoria da responsabilidade civil passou a ser vista sob o prisma do dano injusto, a preocupação com os prejuízos sofridos pelo fumante migrou da preocupação com a punição à conduta do fabricante para o dano decorrente de um fato lesante a bem juridicamente protegido que atinja a dignidade da pessoa humana.³²

Para Maria Celina Bodin de Moraes:

o dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida.³³

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro mostra-se perfeitamente adequado, nas palavras de Lúcio Delfino³⁴, a autorizar indenizações proferidas contra a indústria do fumo, seja sob a proteção do Código de Defesa do Consumidor, seja sob a proteção do Código Civil.

Vásquez Ferreyra, Ricardo Luís Lorenzetti.

31 Em relação a medicamentos, ver BARROSO, Lucas Abreu; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC. Rio de Janeiro, vol. 43, ano 11, p. 99-114, julho a setembro de 2010, p. 107.

32 ALTHEIM, Roberto. Direito de danos. Pressupostos contemporâneos do dever de indenizar. Curitiba: Juruá, 2012, p. 122-123.

33 MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 179.

34 DELFINO, Lúcio. Responsabilidade civil & Tabagismo. Curitiba: Juruá, 2008, p. 226.

4.Contexto científico

Nas palavras de Robert Proctor, “a indústria do tabaco, declarando uma ‘consciência universal’ gosta de confundir conhecimento e consciência, ignorando a diferença crucial entre saber que os cigarros são perigosos e simplesmente *ter ouvido falar*.”³⁵

Portanto, ao notarmos que as decisões judiciais no Brasil, no tocante à responsabilidade do fabricante pelos danos causados pelo cigarro são julgadas, em sua grande maioria, improcedentes, não observando os ditames da própria Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco e as pesquisas científicas mundiais, entendemos que as decisões desfavoráveis repercutem de forma ainda mais negativa no cenário da saúde pública, por serem referentes a períodos que antecedem o cumprimento, ainda que parcial, das imposições de advertências e informações pelo Estado.

Assim, considerando que a indústria conhecia os males do cigarro desde a década de 1950, que não informava os consumidores das doenças causadas pelo uso do tabaco, que há nexos de causalidade nessa relação (seja na comprovação da ciência, das estatísticas ou de declarações médicas em casos concretos), e que o poder da nicotina vicia e compromete o livre-arbítrio do fumante, não haveria como afastar, de forma alguma, a responsabilidade do fabricante.³⁶

Conclusão

Os estudos científicos e as estatísticas realizadas nos séculos XX e XXI, reconhecidas por tratados internacionais e organizações mundiais, afirmam

35 PROCTOR, Robert N. Golden Holocaust – Origins of the cigarette catastrophe and the case for abolition. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 2011, p. 306.

36 A análise casuística do conjunto de decisões mencionadas foi objeto da tese de doutorado “Cidadania e Dirigismo Estatal. O paradigma do tabaco”, que se encontra no prelo.

categoricamente os danos que o consumo de cigarro pode trazer à vida e saúde de fumantes e não-fumantes, o que constitui motivo suficiente para o estabelecimento da relação cigarro-doença e cigarro-morte.

Para justificar a não adoção de medidas restritivas de combate ao fumo, a indústria criou um mito de que o tabaco gera riquezas e vive desse mito. Embora o tabaco tenha papel de destaque na economia brasileira, há um grande equívoco nessa consideração – o tabaco não se constitui em fonte de riqueza para o ser humano, pelo contrário, seus custos para a saúde das pessoas são desastrosos e os custos para o Estado são reais.³⁷

Uma mudança das relações fáticas pode e deve provocar mudanças na interpretação do Direito.

Os fatos já foram descortinados, o palco agora é do Judiciário!³⁸

Referências Bibliográficas

ALTHEIM, Roberto. Direito de danos. **Pressupostos contemporâneos do dever de indenizar**. Curitiba: Juruá, 2012.

BARROSO, Lucas Abreu; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos**. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC. Rio de Janeiro, vol. 43, ano 11, p. 99-114, julho a setembro de 2010.

³⁷ Os custos com as doenças decorrentes do tabagismo superam o valor auferido com impostos. OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Direito de [não] fumar. Uma abordagem humanista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 70-77.

³⁸ Em dezembro de 2013, considerando a importância do tema objeto do estudo coordenado pela Associação Médica Brasileira – AMB, a SAS – Secretaria da Área da Saúde, por determinação da Egrégia Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo, encaminhou correspondência eletrônica aos juízes do Estado de São Paulo, para conhecimento, a publicação "Evidências Científicas Sobre o Tabagismo para Subsídio ao Poder Judiciário", cuja versão digital poderá ser encontrada no endereço: http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/841_diretrizes_AMB.pdf.

DELFINO, Lúcio. **Responsabilidade civil & Tabagismo**. Curitiba: Juruá, 2008.

DIAS, Eduardo Rocha. **Direito à saúde e informação administrativa. O caso das advertências relativas a produtos perigosos**. Coleção Luso-Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FRANZOLIN, Cláudio José. **Assimetria informacional na relação entre o consumidor e o fabricante de produtos de tabaco**.

HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). **Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **A função política do poder Judiciário**. In: FARIA, José Eduardo (org.). Direito e Justiça. **A função social do Judiciário**. São Paulo: Ática, 1989.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O direito dos danos na sociedade das incertezas: a problemática do risco de desenvolvimento no Brasil**. In: Civilista. com. Ano 1. Número 1. 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

ORESQUES, Naomi; CONWAY, Erik. M. Merchants of Doubt. **How a Handful of Scientists Obscured the Truth on Issues from Tobacco Smoke to Global Warming.** New York: Bloomsbury Press, 2011.

PIOVESAN, Flávia; SUDBRACK, Umberto Guaspari. **Direito à saúde e o dever de informar: direito à prova e a responsabilidade civil das empresas de tabaco.**

HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). **Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PROCTOR, Robert N. **Golden Holocaust – Origins of the cigarette catastrophe and the case for abolition.** Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VARELLA, Dráuzio; JARDIM, Carlos. **Guia prático de saúde e bem-estar. Cigarros. Coleção Doutor Drauzio Varella.** Barueri: Gold, 2009.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito.**

I. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

Sites consultados:

<http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/633_publicacao_c_capa_final.pdf>

<http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/98_1209-livro-veredicto-final.pdf>

<<http://www.projetodiretrizes.org.br/diretrizes12/tabagismojudiciario.pdf>>

Responsabilidade *civil em virtude de* doenças associadas **ao tabagismo: *presunção de causalidade e redução do estândar da prova***

Sumário

Introdução, 1. A responsabilidade civil da indústria de tabaco: entre o livre arbítrio do fumante e a aplicação da presunção de causalidade, 2. Doenças tabaco relacionadas, 3. O papel da jurisprudência diante da responsabilização da indústria tabagista, 4. Redução do estândar da prova, Conclusões, Referências bibliográficas.

Palavras-chave

Responsabilidade Civil. Doenças decorrentes do tabagismo. Livre arbítrio do Fumante. Presunção de Causalidade. Redução do estândar da prova.



Fernando Gama de Miranda Netto

Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca com bolsa CAPES/Fundação Carolina. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho (RJ), Professor Adjunto de Direito Processual e membro do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação 'Stricto Sensu' em Sociologia e Direito na linha de Acesso à Justiça da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF).



Stela Tannure Leal

Mestranda do Programa de Pós-Graduação 'Stricto Sensu' em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF). Membro do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (LAFEP/UFF).



Thiago Serrano

Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Professor de graduação e pós-graduação em Direito Civil da Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Introdução

O presente artigo tem por objetivo analisar a responsabilidade civil da indústria tabagista decorrente do aparecimento de doenças associadas ao consumo de cigarros. Desta maneira, este estudo se inicia pela observação das várias formas de defesa judicial da indústria em questão, muitas vezes assimiladas pelos tribunais brasileiros, perpassando pela aferição do nexo de causalidade, sendo a alegação de sua inexistência uma das causas mais comuns para o indeferimento dos pleitos indenizatórios promovidos pelos fumantes ou por seus familiares.

Não há dúvidas de que a indústria do tabaco, por longas décadas, procurou mascarar os efeitos nocivos do cigarro através de um discurso cambiante. De uma ausência de nocividade até ser considerado um produto de periculosidade inerente, o cigarro continua sendo fabricado e comercializado, sem gerar, na maioria dos casos, qualquer responsabilização de seu fornecedor.

É certo que as teses defendidas pela indústria de cigarro foram apropriadas pela jurisprudência pátria, que ainda fundamenta suas decisões ignorando a legislação consumerista, exige prova impossível das vítimas do tabagismo, além de desconsiderar o diálogo com outras ciências, tais como a Medicina e a Psicologia, negando, pois, as pretensões indenizatórias de fumantes ou de seus familiares.

Diante da situação apresentada, torna-se importante rever a construção jurisprudencial acerca da responsabilidade da indústria do tabaco, especialmente no que diz respeito ao nexo causal para efeito de responsabilidade civil. Como é sabido, a jurisprudência vem afastando a caracterização do nexo de causalidade,

sob o pretexto de que o ordenamento jurídico nacional adotou a teoria do dano direto e imediato, impossibilitando imputar a responsabilidade exclusiva da ocorrência de dada doença ao cigarro, sendo este apenas um agente potencializador, associado a outras causas. Nesta linha, questiona-se a possibilidade de se atribuir a responsabilidade civil por presunção de causalidade. Isto importaria na obrigação de indenizar independentemente da prova inequívoca da existência de um nexo de causalidade. No entanto, como admitir uma presunção de causalidade que esbarra na exigência de prova? É o que se examina a seguir.

1. A responsabilidade civil da indústria de tabaco: entre o livre arbítrio do fumante e a aplicação da presunção de causalidade

É possível afirmar, que a tese mais difundida pela indústria tabagista é a de que o hábito (*rectius*: vício) de fumar decorre do livre arbítrio do consumidor. Em que pese tal liberdade possuir amparo constitucional, já se encontra sedimentado na doutrina médica, o fato de que o cigarro cria verdadeira dependência química e física¹, ante a presença de nicotina. O que parece incoerente é justamente a legitimação jurídica² do cigarro em detrimento de outras drogas, tão nocivas quanto ele, o que coloca em xeque a pretensa fundamentação acerca da liberdade constitucional.

A propugnada legitimação jurídica também não decor-

¹ Neste sentido, "A dependência física é então conceituada como um estado que resulta das adaptações de diferentes sistemas afetados pelas drogas. Essas adaptações manifestam-se como tolerância no decorrer do uso da droga e como síndrome de abstinência na suspensão de seu uso. Assim, foi proposto que indivíduos que desenvolvem a dependência física manteriam o uso da droga para evitar o desconforto da retirada e, dessa forma, a droga atuaria como reforçador negativo. Além da fissura pelo tabaco, em humanos a síndrome de abstinência à nicotina inclui: bradicardia, desconforto gastrointestinal, aumento do apetite, ganho de peso, dificuldade de concentração, ansiedade, disforia, depressão e insônia." (CRUZ, PLANETA, 2005)

² A presente legitimação jurídica corrobora outra tese utilizada pelos fabricantes de tabaco no Brasil, ou seja, a de que a produção e comercialização de cigarros é atividade lícita, o que teria o condão de afastar o ato ilícito e a consequente responsabilidade, uma vez que tais exercícios são, inclusive, regulamentados pelo poder judiciário (DELFINO, 2011, p. 81)

re da contribuição tributária arrecadada pela indústria em questão, pois os gastos com os prejuízos à saúde dos fumantes pelo Estado, por meio do Sistema Único de Saúde, ultrapassam em valores ao se comparar com a mencionada arrecadação. Importante lembrar, que nos Estados Unidos muitos dos estados que compõem a federação venceram as demandas ajuizadas contra a indústria tabagista, justamente pelo fato de que o gasto com a saúde de seus cidadãos é superior à carga tributária recebida (MULHOLLAND, 2010, p. 247).

De outra sorte, o direito civil-constitucional vem repercutindo nos cânones balizadores da responsabilidade civil moderna, muito mais afinada à consideração prioritária da vítima, em detrimento de uma busca pela verdade real de cunho eminentemente patrimonialista. Logo, o ordenamento jurídico encontra-se em momento de deslocamento do eixo interpretativo de sua configuração, o que interfere nos elementos clássicos da referida responsabilidade, que constituem os pilares da reparação indenizatória, quais sejam: o dano, a conduta culposa e o nexo de causalidade.

Em breve conceituação e apreensão de significado, o dano – pressuposto inarredável da responsabilidade civil – caracteriza-se pelo prejuízo suportado pela vítima, pois sem prejuízo não há dano e sem dano não haverá responsabilidade (MULHOLLAND, 2010, p. 24).

Mas já na metade do século passado, como ressaltado por GOMES (1966, p. 05), já ocorrera mudança conceitual do ato ilícito para o dano injusto; assim o dano seria considerado injusto, quando afetasse aspecto essencial da dignidade humana, mesmo não sendo antijurídico. Caso a vítima, ponderados os interesses, permanecesse não ressarcida, cumpriria aplicar o conceito de dano injusto, em respeito ao princípio basilar da responsabilidade civil moderna, ou seja, a neces-

sidade de ressarcimento da vítima. Hodiernamente, no entanto, há que se separar os conceitos de dano e ilicitude. Na verdade, é possível a responsabilização de dano sem ilícito e também do ato ilícito independentemente da ocorrência de dano.³

Já quanto à análise do elemento culpa⁴ na responsabilidade civil, este é considerado como o pilar de sustentação da obrigação de indenizar e a justificativa para a existência de um direito da responsabilidade civil. De maneira elementar, a partir da evolução da ciência jurídica, quando a atividade por si só demandar risco à sociedade, não há que se falar em aferição do elemento culpa, configurando, pois, a responsabilidade objetiva.

Formando a tríade juntamente com o dano e com os fatores da atribuição (culpa ou risco), o nexo de causalidade surge como o terceiro e mais relevante aspecto da responsabilidade civil-constitucional. Importante destacar, que o presente nexo constitui a ligação jurídica realizada entre a conduta do agente (culpa) ou atividade antecedente (risco) e o dano, para fins de imputação da obrigação indenizatória, além de limitar o *quantum* devido. Constitui, pois, um elo, sem o qual impossível seria estabelecer a obrigação de reparação indenizatória (MULHOLLAND, 2010, p. 57).

Desta maneira, o nexo de causalidade pode ser concebido como elemento teleológico da responsabilidade civil e a sua ampliação hodierna encontra-se associada

3 Ensina MARINONI, item 1.3: "Como o ato contrário ao direito sempre foi ligado ao dano – o qual chegou a ser visto como necessário para o surgimento do ilícito civil –, considerou-se que a sentença posterior ao ilícito seria sempre destinada a permitir o ressarcimento do dano e, assim, uma sentença condenatória. Acontece que as novas funções assumidas pelo Estado, importando aqui o dever de proteção, obrigaram a edição de regras legais de proibição de condutas, como, por exemplo, a proibição de expor à venda produto com determinado conteúdo. A simples exposição à venda configura ato proibido pela lei, não tendo nada a ver com o dano. Na verdade, o dano é consequência meramente eventual do ato contrário ao direito. Perceba-se que a suposição de que o ato contrário ao direito não constitui ilícito civil retiraria do processo civil a possibilidade de combatê-lo, deixando-o somente ao processo penal. Isso seria ignorar que as novas funções do Estado, assim como os novos direitos, não podem admitir que o processo civil não se importe com as normas que, para dar proteção aos direitos, estabelecem proibições, como, por exemplo, a de não vender produto com determinada composição."

4 Segundo Alvinho Lima: "culpa é um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato". (LIMA, 1999, p. 69)

à materialização dos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. Tais princípios devem ser concebidos como pilares da moderna responsabilidade civil, a fim de possibilitar a reparação integral dos danos sofridos injustamente, muitas vezes diante da dificuldade em se aferir o referido nexos em dados casos concretos.

O fato de que a vítima deverá ser ressarcida tem como fundamento a cláusula geral de tutela da pessoa, decorrente, pois, dos direitos da personalidade, corolários da dignidade humana.⁵ Dentro da obrigação de indenizar, o nexos de causalidade possui um escopo distributivo, pois diante da impossibilidade em se determinar a identificação exata daquele que deve indenizar, desloca-se para aquele a quem deva ser imposto o encargo de reparar os danos sofridos, adquirindo a vítima uma posição de destaque. Assim, determina-se a imputação do responsável e a delimitação dos danos indenizáveis.

Na presente perspectiva, surge a responsabilidade por presunção de causalidade.⁶ A fim de materializar os institutos da justiça distributiva e da solidariedade social, o Poder Judiciário vem buscando soluções equitativas, muitas vezes dissociadas da regra processual que determina a distribuição da carga probatória, ao presumir, em dado caso concreto, a existência da causalidade⁷. Como resultado da referida construção, efetiva-se a obrigação indenizatória nos casos em que

a prova do nexos seria difícil, como ocorre na responsabilidade da indústria tabagista.

CHAVES, NETTO e ROSENVALD (2014, p. 468) também defendem a aplicação de uma doutrina mais flexível quanto a análise probabilística do nexos causal. Assim, o ordenamento jurídico deve ser capaz de admitir uma presunção de causalidade em que se possa imputar ao agente uma obrigação de indenizar, ainda que ausente um juízo de certeza, a partir do fato de que a atividade está associada estatisticamente e tipicamente ao dano sofrido, baseando-se na observação do que acontece na multiplicidade de situações semelhantes. Segundo MULHOLLAND (2010, p. 278-279), configuram-se possibilidades de aplicação da teoria da responsabilidade por presunção de causalidade:

As soluções para os casos são múltiplas, mas podemos apontar uma base comum para todas: a) dificuldade considerável ou impossibilidade da vítima (autor da ação de indenização) de comprovar, em juízo, a ligação entre o dano que sofreu e a atividade referida como provável causa do dano; b) casos de responsabilidade coletiva (causalidade alternativa), em que a conduta ou atividade a qual deve ser relacionada a causalidade é desconhecida; e c) hipóteses em que existe o desenvolvimento de atividades perigosas, isto é, atividades que geram danos qualitativamente graves (por conta da natureza da atividade ou do bem/serviço fornecido). Uma vez identificados estes elementos ou requisitos afigura-se legítimo ao magistrado a análise probabilística da causa para fins de imputar a responsabilidade.

⁵ Buscando o diálogo entre direito de personalidade e dignidade humana, importante recordar a posição de GOMES (1966, p. 05). Para o mencionado autor, os direitos de personalidade possuem por escopo resguardar a dignidade da pessoa humana, preservando-a dos ataques que possa vir a sofrer por parte dos indivíduos, sendo essencial ao desenvolvimento do ser humano. Com isso, os atributos, expressões ou projeções da personalidade humana consistem em objetos de direito de natureza especial que devem ser tutelados pelo ordenamento jurídico.

⁶ Segundo CHAVES, NETTO e ROSENVALD (2014, p. 468), a situação da jurisprudência brasileira é cíclica, pois os tribunais proclamam adoção de uma teoria, quando na verdade se valem dos fundamentos de outra, evidenciando um voluntarismo na busca do critério que melhor se adapte à resposta, que já foi intuitivamente assimilada pelo julgador.

⁷ Para o STF: "a comprovação da relação de causalidade – qualquer que seja a teoria que lhe dê suporte doutrinário (teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade necessária ou teoria da causalidade adequada) – revela-se essencial ao reconhecimento do dever de indenizar, pois, sem tal demonstração, não há como imputar, ao causador do dano, a responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos pelo ofendido." (CHAVES; NETTO; ROSENVALD, 2014, p. 468).

De acordo com a jurisprudência pátria dominante, inexistente responsabilidade da indústria tabagista, em razão do livre arbítrio que guia cada consumidor de cigarro e ante a impossibilidade de se demonstrar o nexo de causalidade. Nossos tribunais, em geral, concluem pela culpa exclusiva da vítima. Como visto, o cigarro causa dependência química e potencializa o surgimento de determinadas doenças, não podendo ser refutada a responsabilização de seu fabricante. É possível conceituar a culpa exclusiva da vítima como aquela que, por si só, tem a aptidão de provocar o evento danoso, afastando, desta forma, a responsabilidade do presumido autor do dano, sendo, pois uma causa estranha à cadeia causal original. Porém, a relatada conduta da vítima precisa ser imprevisível para o autor do dano, e, assim, caracterizada como ato exclusivo e inevitável da primeira. Para a doutrina, o que deve se buscar na qualificação da conduta da vítima é a sua identificação como causa única do dano, ou seja, um ato que tenha, exclusivamente, o condão de deflagrar o dano que se pretende ver indenizado (MULHOLLAND, 2010, p. 125-126). Uma segunda linha de entendimento trabalha com a idéia de culpa concorrente da vítima, o que iria interferir, apenas, no *quantum* indenizatório devido. A culpa concorrente está relacionada ao grau de contribuição causal da vítima no evento danoso, não gerando o afastamento da obrigação de indenizar por parte do presumido autor do dano. No caso do fumante, para a doutrina que entende por sua responsabilidade concorrente⁸, esta vem capitulando a conduta como ativa, entendida como aquela em que a vítima age através de um comportamento comissivo ou omissivo, que contribui de maneira substancial para que o evento aconteça. Diante

da interferência na ocorrência do dano, existe, apenas, a diminuição do valor indenizatório, apurando-se a contribuição de cada uma das partes para a realização da situação danosa (MULHOLLAND, 2010, p. 121).

Parece-nos, no entanto, que, se a nicotina, de fato, motiva a dependência, tem-se aqui mais uma prova de que o ato de parar de fumar não seja um comportamento que dependa apenas do livre-arbítrio do fumante (que pode ter começado a fumar na adolescência). Uma vez ausente a vontade do viciado cai por terra a tese de que haveria *culpa exclusiva* do consumidor (art. 12, III, CDC). De qualquer forma, o CDC é de clareza solar no que diz respeito à obrigação de *informar adequadamente e suficientemente* e até hoje o defeito persiste, como se verá abaixo.

2. Doenças tabaco-relacionadas

Realizamos, neste tópico, uma breve análise das doenças relacionadas ao tabaco, com pretensões meramente exemplificativas. Nosso enfoque, aqui, é a demonstração de que há grupos de doenças cujo componente tabaco-relacionado não são de conhecimento corrente.

É senso comum pensar nas doenças respiratórias relacionadas ao tabagismo, e os estudos científicos mais frequentes reforçam esta impressão: "Há fortes evidências de que o tabaco faça parte da cadeia de causalidade de quase 50 diferentes doenças, destacando-se o grupo das doenças cardiovasculares, cânceres e doenças respiratórias." (LEITE, OLIVEIRA, VALENTE; 2008; p. 336)

Contudo, o tabaco não possui somente implicações em doenças cardiovasculares e respiratórias, como se

⁸ Há quem entenda pela assunção do risco pelo fumante e não por sua culpa concorrente. No primeiro caso o dano é causado pelo próprio produto ao ser consumido, não havendo, pois, interrupção da causalidade. Assim, o consumidor, ao ter conhecimento da periculosidade do cigarro, se dispõe a consumi-lo (MULLHOLLAND, 2010, p. 256).

pode pensar à primeira vista. A tabela a seguir, oriunda do relatório final sobre a carga das doenças tabaco-relacionadas para o Brasil (PINTO, 2011), aponta que a variedade de implicações do tabaco não se restringe ao trato respiratório:

Tabela 1 – Casos totais incidentes e atribuíveis ao tabagismo, segundo doenças selecionadas para ambos os sexos. Brasil, 2008.

	Casos Totais	Casos atribuíveis ao tabagismo	%
IAM	567.214	151.126	28
Doenças isquêmicas (não IAM)	417.747	102.151	24
AVC	392.978	75.663	19
Câncer de pulmão	29.125	23.753	82
Pneumonia	490.904	105.080	21
DPOC	434.118	317.564	73
Câncer de boca e faringe	10.666	7.492	70
Câncer de esôfago	10.340	7.068	68
Câncer de estômago	26.087	5.838	22
Câncer de pâncreas	9.011	1.953	22
Câncer de rins	5.546	1.494	27
Câncer de laringe	8.776	7.285	83
Leucemia mieloide	6.912	1.154	17
Câncer de bexiga	11.947	5.043	42
Câncer de colo de útero	20.667	2.674	13
Total	2.442.038	821.336	34

O mesmo relatório conclui que

Os óbitos atribuíveis ao tabagismo representaram 13% da totalidade de mortes do país em 2008. De um total de 458.986 óbitos de todas as doenças estudadas, 28% são atribuíveis ao tabagismo, totalizando 130.152 óbitos. Esta estimativa significa que 357 indivíduos morrem diariamente devido às doenças tabaco-relacionadas. Ademais, os fumantes vivem em média cinco anos a menos que os não fumantes. (PINTO, 2011, p. 19)

Além das doenças relacionadas acima, há comprovação de influência do tabagismo em outras doenças. Como exemplo, há literatura relacionada ao aumento da incidência de doenças psiquiátricas entre fumantes, como depressão, transtornos de ansiedade e esquizofrenia. Este fato cria, em especial para os pacientes de depressão, um círculo vicioso, também prejudica o abandono do tabagismo, que é visto, pelo paciente, como uma medida terapêutica.⁹

⁹ Neste sentido é o entendimento de BOTELHO, GORAYEB e RONDINA (2003, p. 222) "Tem-se ainda a hipótese de que, mais do que uma relação unidirecional, tabagismo e depressão podem influenciar-se reciprocamente. Por exemplo, alguns fumantes deprimidos podem fumar para aliviar seus sentimentos negativos e, por conseguinte, uma vez que a nicotina tem esse efeito desejado, o tabagismo para esses indivíduos é reforçado positivamente. Contudo, sob a cessação do consumo, fumantes com histórico depressivo podem ter aumentado seu risco de desenvolver novo episódio depressivo, o que pode aumentar sua predisposição às recaídas."

Outro grupo de doenças que se manifesta de forma diferenciada (e mais intensa) nos tabagistas é o de doenças periodontais. Isso se dá em virtude da alteração da circulação sanguínea nos fumantes (o que não evidencia o inchaço e o sangramento nas gengivas, comum às doenças periodontais)¹⁰ e à diminuição de anticorpos ocasionada pela nicotina, que permite um aumento das bactérias causadoras de doença periodontal e consequente resistência ao chamado tratamento mecânico (raspagem e alisamento radicular). A literatura em Odontologia conclui pela existência de “uma relação entre o número de cigarros fumados por dia e o tempo do hábito com a gravidade da doença periodontal” (CARVALHO, CURY, SANTOS, 2008, p. 9).

Percebe-se que as ações regulatórias tomadas nos últimos anos acerca do uso de tabaco, tais como: restrições de publicidade, medidas de proteção ao não-fumante em ambientes livres de fumo, estratégias de tributação sobre o cigarro etc., contribuíram para a diminuição no número de fumantes no Brasil, conforme evolução notada em BERNAL *et alli.* (2013).¹¹ Ainda assim, persiste a necessidade de maior esclarecimento acerca das consequências em saúde e qualidade de vida dos fumantes que, mesmo conhecendo algumas das afetações possíveis, não têm informações completas sobre os potenciais malefícios do uso de tabaco em material acessível, o que configura a lesão ao dever de informação, descrito no tópico anterior.

10 “O consumo de tabaco pode apresentar um efeito mascarador dos sinais de inflamação tecidual. A ocorrência de sangramento gengival é reduzida em fumantes, devido à ação vasoconstritora da nicotina na microcirculação do tecido gengival. Após serem submetidos ao modelo de gengivite experimental, os indivíduos fumantes apresentaram menor sangramento e menor quantidade de sítios sangrantes comparados aos não-fumantes.” (CARVALHO, CURY, SANTOS, 2008, p. 9).

11 “Na análise de tendência, a prevalência de fumantes no Brasil apresentou redução relativa de 0,34% a cada ano do inquérito, variando de 16,2% (IC95%: 15,4-16,9), em 2006, a 14,8% (IC95%: 13,9-15,7), em 2011. No sexo masculino, a redução, no período entre 2006 e 2011, ocorreu a uma taxa média de 0,6 pontos percentuais (p.p.) ao ano. Igualmente, a frequência de homens que relataram consumo de 20 cigarros ou mais por dia também diminuiu, em média, em 0,2 p.p. ao ano ($p < 0,05$). Os indicadores de fumo passivo no trabalho, passivo no domicílio e ex-fumante mantiveram-se estáveis no período. Não foram verificadas tendências significativas para os indicadores de tabagismo entre as mulheres no período estudado.”

3. O papel da jurisprudência diante da responsabilização da indústria tabagista

Pode-se perceber que a jurisprudência pátria afasta o nexo de causalidade na responsabilização da indústria tabagista sob o pretexto de que o ordenamento jurídico nacional adotou a teoria do dano direto e imediato¹², impossibilitando imputar a responsabilidade exclusiva da ocorrência de dada doença ao cigarro, sendo este apenas um agente potencializador, associado a outras causas.

Assim, a falta de diálogo com outras ciências parece evidenciar decisões fundamentadas em preconceitos e subjetivismos do julgador, uma vez que certas doenças têm, praticamente, como única causa a exposição ao cigarro, como é o caso da doença de Buerger¹³. Diante do presente fato, advoga a doutrina que não haveria a necessidade de se valer da teoria da presunção de causalidade, uma vez que o nexo se encontra efetivamente demonstrado pela relação de causa e efeito entre o ato de fumar e o aparecimento da condição patológica.

A defesa da indústria se pauta na alegação de prova impossível, o que teria o condão de acarretar decisões injustas, por não se saber com exatidão o que decorre efetivamente pelo consumo de cigarro. A presente alegação, por seu turno, pode ser utilizada a fim de corroborar a tese de que o cigarro é um produto que comporta imperfeições, nem mesmo conhecidas por seu fornecedor. Se nem o seu fabricante possui infor-

12 “Trata-se de responsabilizar aquele que deu causa direta e imediata aos danos sofridos e ao mesmo tempo afastar de sua obrigação aquelas consequências danosas que somente se ligam ao dolo inicial por um liame distante e não necessário, na medida em que estes resultados podem ter outras causas que o tenham gerado. Em última instância, somente serão indenizáveis os danos que sejam consequência direta e imediata da conduta ou atividade imputada” (MULLHOLLAND, 2010, p. 166).

13 “Tromboangeíte obliterante (TAO) é uma doença inflamatória, não-aterosclerótica e segmentar que acomete mais frequentemente artérias e veias de pequeno e médio calibre das extremidades inferiores e superiores. Acomete mais comumente indivíduos com menos de 45 anos de ambos os sexos, sendo o masculino o mais comumente afetado (...) A etiologia desta patologia é desconhecida, mas existe uma forte associação com o uso do tabaco, pois 95% dos acometidos são fumantes”. (PINHEIRO, SILVA JR., 2007, p. 287)

mações precisas sobre os efeitos nocivos do cigarro no organismo humano, torna-se difícil informar com exatidão aos consumidores algo que se desconhece.

No Brasil, das numerosas ações movidas contra a indústria tabagista, uma destaca-se por ser sentença condenatória excepcional¹⁴, em que a relatora restou vencida, tendo sido proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Tal decisão fundamenta-se na responsabilidade por presunção de causalidade, a fim de estabelecer a obrigação reparatória da indústria tabagista.

Dentre as pretensões da referida ação, ajuizada pela família da vítima (dano em ricochete), é possível identificar que: a) o de *cujus* foi fumante por 40 anos de, em média, duas carteiras de cigarro por dia; b) o de *cujus* sofreu uma série de debilidades físicas, atribuídas ao consumo de cigarro, que culminaram em enfisema pulmonar, em câncer pulmonar e em sua morte; c) a indústria tabagista utiliza propaganda enganosa ao estabelecer uma ligação entre atividades esportivas e consumo de cigarro; d) a falta de informação de que o cigarro é um produto que causa dependência, o que configuraria uma omissão dolosa da indústria, a fim de se locupletar (MULHOLLAND, 2010, p. 249).

Dentre as defesas aduzidas pela indústria de cigarro, destacam-se o livre arbítrio do fumante, que mesmo conhecedor de todos os malefícios ocasionados pelo cigarro, continuou consumindo o produto; e a ausência denexo de causalidade entre a conduta da empresa tabagista e o dano causado ao falecido. Tais argumentos não foram considerados, sendo a empresa demandada condenada a indenizar os danos materiais e morais suportados pelos familiares do fumante.

A decisão paradigmática apontada fundamenta-se, como dito, na presunção de causalidade, a fim de condenar a indústria na obrigação de indenizar o dano provocado pelo consumo de cigarro. Ao analisar o acórdão, é possível perceber a tendência dos julgadores em, claramente, considerar a comprovação do nexode causalidade, uma vez ser fato notório que a nicotina causa dependência química e psicológica, além de que o hábito de fumar provoca diversos danos à saúde. Para os desembargadores, a utilização do produto associa-se à causa eficiente e adequada da morte da vítima. De acordo com Mulholland (2010, p. 255):

Em aberta adoção da teoria da imputação objetiva, procuram os magistrados do Rio Grande do Sul justificar a condenação das empresas tabagistas por meio do critério fundamental da realização dos riscos no resultado. Assim, se o produto comercializado pela empresa de tabaco gera risco de dano aos seus usuários, estas empresas deverão ser responsabilizadas se este risco se perfaz no resultado.

4. Redução do estândar da prova

Vários juristas sustentam ser “indispensável a prova inequívoca da relação de causalidade entre o ato de fumar e a doença invocada, sendo insuficiente, para o caso concreto, a associação estatística e genérica, para fins epidemiológicos, da doença com o consumo de cigarros”. (MOREIRA ALVES, 2009, p. 251).

É absolutamente curiosa essa exigência de *prova impossível* para o consumidor do tabaco. Todos sabem

14 TJRS, 9ª CC, AC no 70000144626, Rel. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, j. 29.10.2003.

que o fumo provoca diversos males à saúde e que existe um rol de doenças associadas ao consumo do tabaco. Esses juristas esquecem, no entanto, que também a Medicina é uma ciência de probabilidades. Assim, o médico, ao tratar de um paciente, vai eliminando possibilidades para se aproximar da certeza.

De qualquer forma, o nexo de causalidade não pode mais ser ignorado. Através da Resolução WHA 52.18, a 52ª Assembléia Mundial de Saúde, em maio de 1999, estabeleceu um órgão de negociação aberto aos Estados Membros da Organização Mundial de Saúde para implementar uma coalizão mundial – denominada de Convenção Quadro para o Controle do Tabaco (*Framework Convention on Tobacco Control*) – para o controle do tabagismo. (ROSEMBERG, 2010, p. 164). Cuida-se, a bem ver, de um verdadeiro Tratado Internacional versando sobre a Saúde Pública mundial.

Inicialmente, por meio do Decreto no 3.136, de 13 de agosto de 1999, criou-se, no Brasil, a Comissão Nacional¹⁵ para preparação da participação brasileira nas negociações internacionais com vistas à elaboração de uma Convenção-Quadro sobre controle do uso de tabaco e possíveis Protocolos Complementares (art. 1º). Posteriormente, o Decreto (sem numeração) de 1º de agosto de 2003, com objetivos ampliados (art. 2º) e mais representantes dos Ministérios (art.3º),¹⁶ consolidou a equipe da Comissão Nacional para Implementação da Convenção-Quadro para o Controle

do Tabaco. Felizmente, o Decreto nº 1.012, 28 de outubro de 2005, aprovou o texto da Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, assinada pelo Brasil, em 16 de junho de 2003 e, em sequência, o Decreto nº 5.658, de 2 de janeiro de 2006, promulgou a Convenção-Quadro sobre Controle do Tabaco, adotada pelos países membros da Organização Mundial de Saúde em 21 de maio de 2003 e assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003. No art. 3º resta evidente o objetivo humanitário da Convenção:

O objetivo da presente Convenção e de seus protocolos é proteger as gerações presentes e futuras das devastadoras conseqüências sanitárias, sociais, ambientais e econômicas geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco, proporcionando uma referência para as medidas de controle do tabaco, a serem implementadas pelas Partes nos níveis nacional, regional e internacional, a fim de reduzir de maneira contínua e substancial a prevalência do consumo e a exposição à fumaça do tabaco.

Outro dispositivo importante e que merece transcrição é o do art. 8º que se refere à proteção contra a exposição à fumaça do tabaco, *verbis*:

1. As Partes reconhecem que a ciência demonstrou de maneira inequívoca que a exposição à fumaça do tabaco causa morte, doença e incapacidade. [grifos nossos]
2. Cada Parte adotará e aplicará, em áreas de sua jurisdição nacional existente, e conforme determine a legislação nacional, medidas

15 Art. 3º. A Comissão Nacional será presidida pelo Ministro de Estado da Saúde e integrada por representantes dos seguintes órgãos: I - Ministério das Relações Exteriores; II - Ministério da Fazenda;

III - Ministério da Agricultura e do Abastecimento; IV - Ministério da Justiça; V - Ministério da Educação; VI - Ministério do Trabalho e Emprego; VII - Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; VIII - Ministério do Desenvolvimento Agrário. (Inciso incluído pelo Decreto nº 4.001, de 6.11.2001).

Parágrafo único. Os membros serão designados pelo Presidente da Comissão, mediante indicação do órgão representado.

Art. 4º O Instituto Nacional de Câncer do Ministério da Saúde atuará como Secretaria-Executiva da Comissão.

16 Art. 3º A Comissão Nacional será presidida pelo Ministro de Estado da Saúde e integrada por um representante de cada Ministério a seguir indicado: I - da Saúde; II - das Relações Exteriores; III - da Fazenda; IV - da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; V - da Justiça; VI - da Educação; VII - do Trabalho e Emprego; VIII - do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; IX - do Desenvolvimento Agrário; X - das Comunicações, e XI - do Meio Ambiente.

legislativas, executivas, administrativas e/ou outras medidas eficazes de proteção contra a exposição à fumaça do tabaco em locais fechados de trabalho, meios de transporte público, lugares públicos fechados e, se for o caso, outros lugares públicos, e promoverá ativamente a adoção e aplicação dessas medidas em outros níveis jurisdicionais.

Aqui há o reconhecimento, pelo Estado Brasileiro, de que há nexos causal entre a exposição à fumaça do tabaco e a morte, doença e incapacidade. Ora, se consta no art. 8º da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, que “a ciência demonstrou de maneira inequívoca que a *exposição à fumaça do tabaco causa morte, doença e incapacidade*, como podem os advogados da indústria do tabaco, sem nunca ter aberto um único livro de medicina, duvidar do consenso científico mundial?

De tal arte, basta o consumidor provar que é fumante e possuir alguma enfermidade ou evento danoso relacionado ao tabaco para fazer jus à reparação do dano. Infelizmente, o Superior Tribunal de Justiça, órgão jurisdicional pátrio que se diz “O Tribunal da Cidadania”, toma decisões absolutamente equivocadas neste tema, destacando-se o caso em que ficou descaracterizado o nexo causal e o surgimento de tromboangeíte obliterante,¹⁷ doença que praticamente só ocorre em fumantes. Em outro caso do STJ, o

17 RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. FUMANTE. EXERCÍCIO DO LIVRE-ARBÍTRIO. RUPTURA DO NEXO DE CAUSALIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 NÃO CONFIGURADA. 1. Tendo o Tribunal a quo apreciado, com a devida clareza, toda a matéria relevante para a apreciação e julgamento do recurso, não há falar em violação ao art. 535 I e II do Código de Processo Civil. 2. É incontroverso nos autos que o Autor começou a fumar nos idos de 1.988, mesmo ano em que as advertências contra os malefícios provocados pelo fumo passaram a ser veiculadas nos maços de cigarro. 3. Tal fato, por si só, afasta as alegações do Recorrido acerca do desconhecimento dos malefícios causados pelo hábito de fumar, pois, mesmo assim, com as advertências, explicitamente estampadas nos maços, Miguel Eduardo optou por adquirir, espontaneamente, o hábito de fumar, valendo-se de seu livre-arbítrio. 4. Por outro lado, o laudo pericial é explícito ao afirmar que não pode comprovar a relação entre o tabagismo do Autor e o surgimento da Tromboangeíte Obliterante. 5. Assim sendo, rompido o nexo de causalidade da obrigação de indenizar, não há falar-se em direito à percepção de indenização por danos morais. 6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (REsp 886347 / RS - RECURSO ESPECIAL 2006/0159544-9, Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), Julgamento: 25/05/2010, publicado: DJe 08/06/2010).

Ministro Raul Araújo chegou a afirmar a inutilidade da prova em ações que pretendem indenização por dano causado pelo tabagismo.^{18 e 19}

Estamos diante de um claro retrocesso, pois se já não fosse absurda a exigência de prova impossível, agora se pretende impedir a produção da prova. Esta prática do STJ ignora a política estatal de proteção ao consumidor, que consta como um dos objetivos do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor.

Em contraposição a esta postura do STJ que fere o devido processo legal, bem como o direito constitucional de se defender provando, defende-se aqui a possibilidade de serem reduzidas a exigências de prova em nome da política nacional de tutela efetiva do consumidor. Faz-se importante aqui lembrar que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por diversas vezes, acolheu a teoria da redução do módulo ou estandar da prova em temáticas diversas de responsabilidade civil.²⁰ Para a realização do processo justo, recomendável seria a redução do estandar da prova nesses casos, no sentido de possibilitar que consumidores que fossem vítimas de doenças associadas ao tabagismo pudessem buscar reparação junto aos tribunais. Neste sentido, ensinam MARINONI e AHRENHART (2005, p. 181): “não há

18 Cf. <http://www.conjur.com.br/2013-abr-25/justica-inutil-produzir-provas-acao-danos-causados-cigarro>, acessado em 09.05.2014.

19 Na seara trabalhista também ocorre discussão sobre a produção de provas para a indústria tabagista, como se pode ver em <http://www.conjur.com.br/2014-mar-31/souza-cruz-indenizar-testador-cigarros-doenca-grave-pulmao>. Acessado em 09.05.2014.

20 [TJ-RS - Recurso Cível 71003548682 RS \(TJ-RS\)](#), Data de publicação: 30/10/2012, Relator: Roberto Behrendorf Gomes da Silva, Julgado em 24/10/2012.

Ementa: RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO EM VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO EFURTO DE OBJETOS QUE SE ENCONTRAVAM NO INTERIOR DO AUTOMÓVEL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA REDUÇÃO DO MÓDULO DA PROVA. DEVER DE RESTITUIÇÃO DO VALOR DESPENDIDO POR OBJETO EM QUE COMPROVADA A PROPRIEDADE. RECURSO PROVIDO DE FORMA PARCIAL.

TJ-RS - Recurso Cível 71003378544 RS (TJ-RS), Relator: Eduardo Kraemer, Data de publicação: 30/01/2012

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ESTACIONAMENTO. FURTO DE VEÍCULO. TEORIA DA REDUÇÃO DO MÓDULO DA PROVA. PARADIGMA DE VEROSSIMILHANÇA. DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA. SÚMULA 130 DO STJ. RESPONSABILIDADE DO ESTABELECIMENTO. 1. A prova dos autos confere verossimilhança às alegações do autor, no sentido de que seu veículo realmente foi furtado no estacionamento do demandado. 2. Possibilidade de condenação em decorrência dos danos materiais advindos. 3. Impossibilidade de pleitear em nome próprio direito alheio. Indenização do valor do mostruário da empresa da qual o autor é representante que não pode ser pleiteada pelo autor. 4. Danos morais inócorrentes. Ausência de ofensa a atributo da personalidade. 5. Lucros cessantes não demonstrados. Negado provimento a ambos os recursos.

como exigir prova plena da causalidade quando o conhecimento humano não pode explicá-la. Tal exigência implicaria em negar, de uma só vez, o direito à tutela jurisdicional e o próprio direito material”.

Pode-se definir o estandar da prova como o coeficiente da prova ou nível de evidência necessário para convencer o magistrado da veracidade dos fatos (SEOANE SPIEGELBERG, 2002, p. 258). O “estandar da prova” é pouco tratado no direito pátrio e a sua terminologia nos países latinos é vacilante.²¹ É possível encontrar expressões para designar o fenômeno como *intensidad, cantidad, volumen* (SENTIS MELENDO, 1979, p. 84), *dosis* ou *módulo de prueba*.²² Adota-se aqui a expressão que é mais próxima ao de língua inglesa *standard of proof*, que não é desconhecida dos latinos como estandar de prueba.

A identificação exata do estandar da prova serve à segurança jurídica e à igualdade de chances na realização do direito (BENDER, 1981, p. 250). Cumpre, nos grupos de casos, encontrar parâmetros para a decisão do magistrado (BENDER, 1981, p. 251).

Hodiernamente, a idéia de decidir litígios, por meio de sentenças definitivas, com base na mera probabilidade da ocorrência dos fatos, e não com apoio na certeza, tornou-se popular nos países escandinavos e de língua inglesa (KOKOTT, 1998, p. 18).

Em geral, é a litigância privada que possui estandares probatórios mais baixos, mesmo para sentenças definitivas, como a probabilidade suficiente (*preponderance of evidence*) enquanto na esfera criminal é exigida uma prova que não permita dúvida

alguma ou a coloque acima de qualquer suspeita (*proof beyond a reasonable doubt*) para que se permita a condenação.²³ Nesta última, em virtude do princípio da presunção de inocência, ninguém pode ser condenado apenas com base em indícios ou em prova insuficiente.

No entanto, em causas envolvendo direitos fundamentais, ainda que tenham origem em litígios privados, o estandar probatório pode ser alto, como na hipótese de interdição.

Os estados podem regular, no entanto, de acordo com a sua política legislativa, os estandares probatórios, o que poderá muitas vezes revelar qual o valor de determinado direito fundamental para o Estado. O direito ao asilo político, por exemplo, vem regulado em Portugal de modo a facilitar ainda mais o exercício deste direito (Lei nº. 15 de 26 de Março de 1998).

Como regra, os ordenamentos conhecem apenas um estandar de prova, isto é, a prova acima de qualquer suspeita (*evidence beyond a reasonable doubt*) ou o convencimento pleno (*full persuasion*). Em trabalho clássico de 1966, JÜRGEN PRÖLLS (1966, passim) sustentou a possibilidade de haver a facilitação da prova (*Beweiserleichterung*) em processos de indenização civil. Isto significa em termos práticos a possibilidade de se promover a “redução do estandar probatório geral de convicção” (*Reduzierung des allgemeinen Beweismaßes der Überzeugung*) do magistrado (WALTER, 1979, p. 118-119).

Nesta linha de raciocínio, nas hipóteses de concausalidade (doenças multifatoriais), a causa preponderante poderia servir de suporte condenatório. Para MARINONI e ARENHART (2005, p. 183), “se o

21 Cf. STRENGER, (1977, pp. 22 ss.); BALTAZAR JÚNIOR, (2007, pp. 153 ss.); KNIJNIK, (2001, pp. 15 ss.). Este último autor possui uma obra específica sobre o tema e que merece consulta, embora o título não remeta à idéia de estandar da prova: A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário, 2007, p. 38 e ss.

22 GARCÍA-CUERVA GARCÍA (2007, p. 59). ARENHART, MARINONI (2005, pp. 176 ss.), empregam a expressão “módulo da prova”.

23 Para os diversos estandares tratados pela doutrina, bem como sua crítica, consulte-se: SENTIS MELENDO (1979, pp. 84 ss; pp. 292 ss.)

empresário assumiu a responsabilidade pelo perigo, não é justo que a sociedade tenha que arcar com a dificuldade de provar a causalidade.”

A partir dos trabalhos de BOLDING (1966, p. 57 ss.) e PER OLOF EKELÖF (1981, p. 343 e ss.), pretendeu-se, especialmente no campo de direito privado, reduzir o campo de incidência das regras do ônus da prova, sendo dispensável que o magistrado chegasse a uma “convicção de verdade”, bastando uma “convicção de verossimilhança”.

A idéia é que o juiz possa estabelecer um padrão de prova a ser atingido pelas partes. Apenas na hipótese de as partes não alcançarem o grau exigido pelo magistrado é que este faria uso do ônus da prova.

Cuida-se de uma *verossimilhança preponderante (überwiegenden Warscheinlichkeit)*, porque, de acordo com essa teoria, o juiz pode deixar de lado as regras do ônus da prova, se com a apresentação das provas a sua convicção atinge 51% de chances de acerto.²⁴

Embora se possa criticar o uso de “números” na convicção judicial, haveria segurança no emprego da técnica a partir das contribuições da medicina. Assim, doenças multifatoriais que atacam grande número de pessoas fumantes ou que provoquem o desenvolvimento de uma doença associada ao tabagismo, de acordo com a estatística médica, legitimariam a responsabilização do fabricante do produto fumígeno.

Considerações finais

Neste estudo, aferiu-se que, segundo a jurisprudência, o livre arbítrio e a ausência denexo de causalidade excluem a responsabilidade da indústria tabagista.

Sustentou-se neste artigo a adoção da teoria da presunção de causalidade: diante de uma situação de difícil constatação do nexo, ao julgador é permitido reduzir as exigências de prova. É, portanto, estabelecida a relação causal entre a conduta da indústria tabagista e o dano ocasionado ao fumante ou a sua família, deflagrando-se, desta maneira, a sua responsabilidade civil.

Esta redução de exigência de prova nada mais é que a redução do padrão da prova, para que não se forme a exigência de prova impossível da causalidade entre o tabaco e as enfermidades posteriores, fixando este padrão em probabilidade suficiente da ocorrência da enfermidade. Aplicar-se-ia, assim, a chamada concausalidade aos casos em discussão, em que o nexo causal se observa pela constatação da causa preponderante para o surgimento do dano. Deste modo, protege-se o consumidor vítima de doença associada ao tabagismo.

Referências bibliográficas

ALVES, José Carlos Moreira. **“A causalidade nas ações indenizatórias por danos atribuídos ao consumo de cigarros”** [Parecer], in: Estudos e pareceres sobre o livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BALTAZAR JÚNIOR, Paulo José. **“Standards probatórios”**, in: Prova Judiciária, coord.: Danilo Knijnik, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz ; MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2ª ed., São Paulo: RT, 2005, vol. 5, Tomo I.

BENDER, Rolf. “Beweismaß”, in: **Festschrift für Fritz Baur, hrsg: Wolfgang Grunsky, Rolf Stürner, Gerhard**

²⁴ Sobre o tema, cf. WALTER (1979, pp. 173 ss.); MARINONI e ARENHART (2005, pp. 127 ss.)

Walter, Manfred Wolf, Tübingen: JCB Mohr, 1981.

BERNAL, R. I. T.; CLARO, R. M.; ISER, B. P. M.; LUZ, M. C.; MALTA, D. C.; MOURA, L.; SÁ, N. N. B.; YOKOTA, R. T. C.. **"Tendências temporais no consumo de tabaco nas capitais brasileiras, segundo dados do VIGITEL, 2006 a 2011"**. Cadernos de Saúde Pública vol. 29. Rio de Janeiro: Ed. FIOCRUZ, 2013. Disponível em <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2013000800018>. Acesso em 14 de abril de 2014.

BOLDING, Per Olof. **"Sachaufklärung und überzeugungsbildung im schwedischen Zivilprozeß"**, in: Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung, hrsg. Ernst von Caemmerer, Frankfurt/M: Alfred Metzner Verlag, 1966.

BOTELHO, C.; GORAYEB, R.; RONDINA, R. C. **"Relação entre tabagismo e transtornos psiquiátricos"**.

Revista de Psiquiatria Clínica da Universidade de São Paulo nº 30. São Paulo: EDUSP, 2003. pág. 221-228. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v30n6/a05v30n6.pdf>>. Acesso em 15 de abril de 2014.

BRASIL/STJ. Cf. **voto da Ministra Nancy Andrighi no REsp nº 773853/RS**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL/TJRS. Cf. **voto da Relatora Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira na Apelação Cível nº 70000144626**. Disponível em: <http://www.tjrs.gov.br>.

CARVALHO, A. E.; CURY, V. F.; SANTOS, I. G. **"A influência do tabagismo na doença periodontal: revisão de literatura"**. Revista Virtual de Odontologia, vol. 5. 2008. pág. 7-12. Disponível em <<http://sotau.sind.googlepages.com/revista>>. Acesso em 16 de abril de 2014.

CHAVES, C; NETTO, F.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil. Vol. 3**. Rio de Janeiro: Jus Podivum, 2014.

CRUZ, F. C.; PLANETA, C. S. **"Bases neurofisiológicas**

da dependência do tabaco". Revista de Psiquiatria Clínica da Universidade de São Paulo nº 32. São Paulo: EDUSP, 2005.

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.

EKELÖF, Per Olof. **"Beweiswert"**, in: **Festschrift für Fritz Baur**, hrsg: Wolfgang Grunsky, Rolf Stürner, Gerhard Walter, Manfred Wolf, Tübingen: JCB Mohr, 1981.

GARCÍA-CUERVA GARCÍA, Silvia. **"Las reglas generales del onus probandi"**, in: Objeto y carga de la prueba civil, org. Xavier Abel Lluch e Joan Picó i Junoy, Barcelona: Bosch, 2007.

GOMES, Orlando. **Direitos da personalidade**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 216, 1966.

GUIMARÃES JUNIOR, João Lopes. **Livre-arbítrio do viciado – quando os juízes ignoram a ciência**. In: HOMSI, Clarissa Menezes (Coord.). Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

KNIJNIK, Danilo. **"Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle"**, in: Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, janeiro-fevereiro de 2001, vol. 355.

_____. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

KOKOTT, Juliane. **The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law**, Massachusetts: Kluwer Law International, 1998.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2ª ed. atualizada por Ovídio Rocha Barros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LEITE, A. F.; OLIVEIRA, J. G.; VALENTE, I. G. **"Aspectos da mortalidade atribuída ao tabaco: revisão**

sistemática". Revista de Saúde Pública da Universidade de São Paulo nº 42. São Paulo: EDUSP, 2008, p. 335-345, disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v42n2/6503.pdf>> Acesso em 14 de abril de 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **"As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da Tutela Jurisdicional Efetiva"**, disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni\(3\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni(3)%20-%20formatado.pdf), acessado em: 09.05.2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2ª ed., São Paulo: RT, 2005, vol. 5, Tomo I.

MARQUES, Claudia Lima. **"Violação do dever de boa-fé de informar corretamente, atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha. Nexo causal entre a falha/defeito de informação e defeito de qualidade nos produtos de tabaco e o dano final morte. Responsabilidade do fabricante do produto, direito a ressarcimento dos danos materiais e morais, sejam preventivos, reparatórios ou satisfatórios"**. Revista dos Tribunais nº 835. São Paulo: RT, maio de 2005. pág. 75-124.

MULLHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010.

PINHEIRO, L. P. A.; SILVA JR, O. F. **Tratamento cirúrgico em paciente com tromboangeite obliterante"** Revista Brasileira de Ciências da Saúde vol. 11. 2007, pág. 287-290. Disponível em <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/rbcs/article/view/3393/2784>. Acesso em 07 de maio de 2014.

PINTO, M. T. et. alli. **Relatório final – carga das doenças tabaco-relacionadas no Brasil**. Relatório final IFF, 2011. Disponível em <[http://actbr.org.br/uploads/conteudo/721_Relatorio_Carga_do_tabagismo](http://actbr.org.br/uploads/conteudo/721_Relatorio_Carga_do_tabagismo_Brasil.pdf)

[Brasil.pdf](#)>. Acesso em 16 de abril de 2014.

PIOVESAN, F.; SUDBRACK, U. G. **"Direito à saúde e o dever de informar – direito à prova e a responsabilidade civil das empresas de tabaco"**. Revista de Direito do Consumidor nº 77. São Paulo: RT, jan. 2011. pág. 341-359.

PRÖLLS, Jürgen: **Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß**, Karlsruhe, 1966.

ROSEMBERG, José. **Nicotina: droga universal**, p. 164 (disponível em: <http://www.inca.gov.br/tabagismo/publicacoes/nicotina.pdf>, acessado em 31 de janeiro de 2010.

SENTIS MELENDO, Santiago. **La Prueba, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.**

SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. **La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000**, Madrid: Aranzadi, 2002.

STRENGER, Guilherme. **"Do 'standard' jurídico"**, in: Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, fevereiro de 1977, vol. 496.

WALTER, Gerhard. **Freie Beweiswürdigung, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1979.**

Aspectos da Responsabilidade Civil dos Fabricantes de Cigarros

Sumário

Introdução, 1. Livre arbítrio do fumante, 2. Consciência dos malefícios do cigarro, 3. Legalidade da produção e comercialização do cigarro, 4. Periculosidade inerente do cigarro e sua defeituosidade, Conclusão

Palavras-chave

Tabagismo, Fumante, Cigarro, Indenização, Responsabilidade civil



João Lopes Guimarães Júnior

Membro do MP-SP desde 1986, é procurador de Justiça.

Introdução

O presente artigo pretende analisar os principais argumentos que vêm sendo utilizados para sustentar a irresponsabilidade dos fabricantes de cigarros pelos danos causados a fumantes ativos e passivos. Inicialmente, vamos aos fatos:¹

- No Brasil, estima-se que cerca de 200 mil mortes ao ano sejam decorrentes do tabagismo;
- Fumar é ingerir mais de 4.700 substâncias tóxicas, incluindo nicotina (responsável pela dependência química), monóxido de carbono e alcatrão;
- Aproximadamente 48 substâncias são pré-cancerígenas, como agrotóxicos e substâncias radioativas;
- O tabagismo é diretamente responsável por 30% das mortes por câncer, 90% das mortes por câncer de pulmão, 25% das mortes por doença coronariana, 85% das mortes por doença pulmonar obstrutiva crônica e 25% das mortes por doença cerebrovascular;
- Outras doenças que também estão relacionadas ao uso do cigarro são: aneurisma arterial, trombose vascular, úlcera do aparelho digestivo, infecções respiratórias e impotência sexual no homem;
- A exposição à fumaça do cigarro causa doença e morte prematura mesmo em crianças e adultos que não fumam;
- O uso de fumo causa transtornos mentais e comportamentais, sendo a síndrome de de-

pendência do cigarro doença classificada na CID-10 (F17.2) e caracteriza pelo desejo poderoso de tomar a droga, pela dificuldade de controlar o consumo, pela utilização persistente apesar das suas consequências nefastas, pela maior prioridade dada ao uso da droga em detrimento de outras atividades e obrigações; e

- O Brasil gasta mais de R\$ 20 bilhões no tratamento de pacientes com doenças relacionadas ao cigarro.²

A Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, adotada pelos países membros da Organização Mundial de Saúde em 2003 e assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003, foi promulgada pelo Decreto nº 5.658/06.³ Em seu Preâmbulo consta o reconhecimento oficial, dentre outras, das seguintes premissas:

- A propagação da epidemia do tabagismo é um problema global com sérias consequências para a saúde pública;
- 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;
- Os cigarros e outros produtos contendo tabaco são elaborados de maneira sofisticada de modo a criar e a manter a dependência;
- Muitos de seus compostos e a fumaça que os

1 Fontes: <http://www.inca.gov.br/tabagismo/> e <http://www.projetodiretrizes.org.br/diretrizes12/tabagismojudiciario.pdf>

2 Fonte: http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/agencianoticias/site/home/noticias/2012/brasil_gasta_2_1_bilhoes_por_causa_de_males_do_cigarro

3 Aprovado pelo Decreto Legislativo nº 1.012, de 27 de outubro de 2005, entrou em vigor no Brasil em 1º de fevereiro de 2006.

cigarros produzem são farmacologicamente ativos, tóxicos, mutagênicos, e cancerígenos, e a dependência ao tabaco é classificada separadamente como uma enfermidade pelas principais classificações internacionais de doenças;

- Há evidências científicas claras de que a exposição pré-natal à fumaça do tabaco causa condições adversas à saúde e ao desenvolvimento das crianças.

Por todas essas razões, os agravos à saúde decorrentes do consumo de cigarros provocam prejuízos materiais e morais a fumantes e a não fumantes expostos à sua fumaça, além de sobrecarregar significativamente os gastos públicos com saúde.

Do ordenamento jurídico brasileiro, os seguintes dispositivos devem ser considerados quando se sustenta a obrigação dos fabricantes de cigarros de indenizar suas vítimas:

- As empresas têm o dever de reduzir riscos de doenças e de outros agravos (Lei Federal nº 8.080/90, art. 2º, § 2º);
- Há obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (CC, art. 927, § único);
- As empresas respondem, independentemente de culpa, pelos danos causados pelos produtos postos em circulação (CC, art. 931);
- O fabricante, como fornecedor, responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos con-

sumidores em decorrência de defeito do produto (CDC, art. 12);

- São impróprios ao consumo os produtos nocivos à saúde (CDC, art. 18, § 6º, inc. II);
- Equiparam-se aos consumidores, para fins de reparação, todas as vítimas do evento (CDC, art. 17).

É certo, portanto, que de modo inquestionável, e talvez até redundante, a legislação brasileira, com as modificações trazidas pelo CDC e pelo CC de 2002, *aponta claramente para o direito do consumidor a reparação por danos à sua saúde decorrentes do consumo de produtos postos em circulação.*

Assim sendo, e tendo em vista que o CDC, no art. 6º, incs. I e VI, considera direitos básicos do consumidor “a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos” e a “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais”, cabe indagar: como podem os fabricantes de cigarro lucrar irresponsavelmente com a produção e venda de produto tão nocivo como o cigarro?

Carlos Maximiliano ensina que “cumpre atribuir ao texto um sentido tal que resulte haver a lei regulado a espécie *a favor, e não em prejuízo* de quem ela evidentemente visa a proteger”.⁴ Tentemos, pois, entender os argumentos utilizados para isentar de responsabilidade justamente o fornecedor do produto mais nocivo do mercado, em prejuízo do consumidor, justamente a parte hipossuficiente que a lei promete proteger.

⁴ *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 11ª ed., 1991, p. 156. Destaques não originais.

Na jurisprudência, esses os principais fundamentos utilizados para negar o direito à indenização:

- O tabagista adere espontaneamente ao vício e o abandono do cigarro depende única e exclusivamente do livre arbítrio do consumidor;
- O fumante tem pleno conhecimento dos malefícios do fumo;
- O cigarro é droga lícita, sua produção e comercialização não constituem prática ilegal, e são atividades permanentemente controladas pelo Estado; e
- O cigarro é um produto de periculosidade inerente e não um produto defeituoso.

Pois bem, será que alguma dessas razões encontra respaldo no conhecimento científico e/ou no ordenamento jurídico?

1. Livre arbítrio do fumante

A irresponsabilidade dos fabricantes de cigarros não pode ser justificada pela alegação de que o tabagismo é fruto do livre arbítrio do fumante por duas razões. Em primeiro lugar, porque toda relação de *consumo resulta necessariamente de um ato de vontade do consumidor*, uma vez que será sempre decorrência de contratação voluntária. Sendo a voluntariedade da contratação inerente a toda relação de consumo, não constitui aspecto capaz de repercutir, é óbvio, no direito do consumidor à indenização por dano causado pelo produto ou serviço.

Ora, não há no ordenamento jurídico qualquer dispositivo que isenta de culpa o fornecedor em razão da voluntariedade da contratação pelo consumidor, e nem poderia haver, sob pena de irresponsabilização absoluta de todos os fornecedores. E é tristemente irônico que esse argumento – livre arbítrio – seja utilizado apenas contra o consumidor, quando sabemos que o *fabricante também exerce seu livre arbítrio, optando por fornecer voluntariamente um produto de alta lesividade*. Se ambos agem movidos pela vontade (a indústria fumageira produzindo e o fumante consumindo um produto nocivo), por que somente o fumante haveria de responder por sua opção? Que tipo de raciocínio é esse, que se mostra implacável contra o consumidor (que arrisca sua saúde) e tão complacente a favor do fornecedor (que procura o lucro prejudicando seus consumidores)?

A outra razão é, simplesmente, a *inexistência desse livre arbítrio*, pois a nicotina presente no cigarro provoca *síndrome de dependência que interfere na vontade do fumante*, privando-o da capacidade de decidir de forma isenta sobre o consumo de tabaco.

A alegação de livre arbítrio do fumante, portanto, é absolutamente falsa porque não encontra sustentação científica.

Sobre a nicotina, há que se considerar que “ao ser ingerida, produz alterações no Sistema Nervoso Central, modificando assim o estado emocional e comportamental dos indivíduos, da mesma forma como ocorre com a cocaína, heroína e álcool. Depois que a nicotina atinge o cérebro, entre 7 a 9 segundos, libera várias substâncias (neurotransmissores) que são responsáveis por estimular a sensação de prazer (núcleo accubens), explicando-se assim as boas sensações que o fumante tem ao fumar. Com a ingestão contínua da nicotina, o cérebro se adapta e passa a precisar de do-

ses cada vez maiores para manter o mesmo nível de satisfação que tinha no início. Esse efeito é chamado de tolerância à droga. Com o passar do tempo, o fumante passa a ter necessidade de consumir cada vez mais cigarros. De tal forma que, a quantidade média de cigarros fumados na adolescência, nove por dia, na idade adulta passa a ser de 20 cigarros por dia”.⁵

Como visto, o Estado Brasileiro, ao aderir à Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, admitiu oficialmente que “os cigarros e outros produtos contendo tabaco são elaborados de maneira sofisticada de modo a criar e a manter a dependência”. E essa dependência é de tal ordem que chega a ser considerada patológica: a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10) assim define os “transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de fumo - síndrome de dependência”, classificados no item F17.2:

Conjunto de fenômenos comportamentais, cognitivos e fisiológicos que se desenvolvem após repetido consumo de uma substância psicoativa, tipicamente associado ao desejo poderoso de tomar a droga, à dificuldade de controlar o consumo, à utilização persistente apesar das suas consequências nefastas, a uma maior prioridade dada ao uso da droga em detrimento de outras atividades e obrigações, a um aumento da tolerância pela droga e por vezes, a um estado de abstinência física.

Essa síndrome provocada pela nicotina explica porque o fumante, *mesmo quando consciente dos prejuízos que o fumo causa à sua saúde*, não consegue deixar de fumar. Impossível responsabilizar o consumidor pela

aquisição de transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de fumo.

Muitas decisões judiciais ignoram a notória constatação científica de que o poder viciador da nicotina compromete a vontade dos fumantes, os quais em sua maioria são simplesmente incapazes de abandonar o vício sem auxílio de tratamento. Essas decisões, absurdamente, partem da falsa premissa de que é fácil abandonar um vício, bastando uma decisão voluntária do fumante, como se ele não se importasse com os danos à sua própria saúde. Não consideram, ainda, que o vício em muitos casos inicia-se na adolescência, quando não há capacidade plena de discernimento sobre os riscos envolvidos (E, ainda que se admitisse culpa do fumante, essa seria concorrente, não excluindo a do fornecedor que coloca no mercado produto nocivo capaz de causar dependência).

Inaceitável que juízes exerçam suas funções substituindo constatações firmadas criteriosamente e aceitas pela comunidade científica por suas opiniões pessoais leigas lançadas sem qualquer embasamento técnico-científico.

2. Consciência dos malefícios do cigarro

É verdade que o fumante hoje pode conhecer os malefícios do fumo, embora poucos tenham ciência de todas as suas muitas consequências nefastas (algumas ainda sendo descobertas). Mas, perante a lei, essa consciência dos riscos não influi no direito a in-

⁵ <http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=faq>

denização. O consumidor que se interna voluntariamente num hospital, por exemplo, sabe dos riscos que corre de contrair infecção hospitalar, mas nem por isso perderá direito a indenização por prejuízos decorrentes de eventual infecção. O mesmo pode ser dito a respeito do contrato de transporte urbano ou rodoviário: são notórios os riscos para a segurança do passageiro, agravados em algumas metrópoles e rodovias que apresentam elevados índices de acidentes. A consciência dos riscos, todavia, jamais pode servir de pretexto para exonerar os fornecedores de sua responsabilidade no caso de acidente.

Do mesmo modo, o conhecimento dos males do tabagismo pelo fumante não impede a responsabilização dos fabricantes de cigarros, que é objetiva, porque a *lei não considera a consciência do risco causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor*.

Seja como for, não é preciso muito esforço para concluir que a dependência química da nicotina é tão poderosa que o fumante acaba por desconsiderar os riscos do cigarro.

Importa notar que, mais até que o fumante, *também o fornecedor tem consciência* dos malefícios do cigarro e de seu poder de criar dependência, circunstância que todavia não o inibe de continuar produzindo. Segundo o Desembargador mineiro Dárcio Lopardi Mendes,

A indústria fumageira de todo o planeta sempre teve conhecimento de que o cigarro vicia e causa inúmeras doenças. Assim, diante do conhecimento e da consciência dos malefícios causados pelo cigarro à saúde dos fumantes, não há dúvida de que a apelada (Souza Cruz S. A.), agindo dessa forma, cria conscientemente, o risco do resultado, assumindo, por-

tanto, a obrigação de ressarcir.⁶

Não é preciso lembrar que a *previsibilidade*, na disciplina da responsabilidade civil, é fator que tradicionalmente contribuiu para *caracterizar a culpa* daquele que não evita o resultado danoso a terceiro. A notoriedade dos malefícios do cigarro não pode, portanto, ser invocada para conferir irresponsabilidade aos fornecedores. Pelo contrário, essa circunstância apenas serviria para *agravar* a responsabilidade civil do fabricante pela assunção consciente do risco que está inequivocamente presente em sua atividade. E, aliás, é disso que trata o parágrafo único do art. 927 do CC. Com efeito, quem coloca no mercado produto *que sabe nocivo* não merece grandes condescendências. A reprovabilidade da oferta de cigarros ao público consumidor fica clara a partir de um olhar sistemático, ao constarmos que o ordenamento jurídico incrimina a prestação de auxílio ao suicídio (Código Penal, art. 122). Ora, se a saúde é direito social indisponível, e a vida um direito inviolável; se a incolumidade física é bem tutelado até pela lei penal, então a oferta de produto sabidamente nocivo, que pode ser letal (as estatísticas estão aí), deveria evidenciar e agravar a responsabilidade do fornecedor.

Não há, portanto, embasamento legal para a alegação de que a consciência dos malefícios do cigarro pelo fumante justifica a irresponsabilidade do fabricante. Por outro lado, não se pode desconsiderar a prática da indústria fumageira, que fornece produto que sabe ser causador de dependência e doenças. Aqui, também, o mesmo paradoxo: injustamente usa-se tal argumento – consciência da nocividade – apenas contra o consumidor.

⁶ Voto vencido no julgamento da Apelação Cível nº 419.065-8, TJMG, 29.06.2004.

3. Legalidade da produção e comercialização do cigarro

A legalidade da produção e comercialização de qualquer produto é também totalmente irrelevante para a responsabilização do fornecedor se constatado dano ao consumidor, pois o exercício da liberdade econômica não exonera o fornecedor de cumprir deveres gerais de prudência quanto à saúde do consumidor. O CDC e o CC disciplinam a responsabilidade dos fornecedores de produtos lícitos, como é o caso do cigarro, não condicionando jamais a obrigação de indenizar à ilicitude da produção ou venda.

Ou seja, é permitido, sim, produzir e comercializar o cigarro; no entanto, uma vez constatada lesão à saúde do fumante pelo advento de doença ou morte decorrentes de seu consumo, surge a obrigação de indenizar.

Do mesmo modo, produzir e comercializar leite, carne e medicamentos são atividades permitidas, mas, se da ingestão desses produtos resultarem danos à saúde do consumidor, o fornecedor deverá indenizá-lo. Por que com o cigarro deveria ser diferente?

Assim, nas palavras da Desembargadora gaúcha Marilene Bonzanini, "para que haja responsabilização civil, a conduta não precisa ser necessariamente ilícita, deve ser uma conduta que causa dano a outrem. O que está em jogo não é a natureza jurídica da conduta das empresas fabricantes de cigarro, mas sim os danos causados por essa conduta, seja ela lícita ou não".⁷

⁷ Embargos Infringentes nº 70052692860, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relatora Desembargadora Marilene Bonzanini, Julgado em 19/04/2013.

O que se constata aqui é uma dificuldade de operadores do direito em assimilar os fundamentos da responsabilidade objetiva, ao insistirem em considerar o ato ilícito como pressuposto da obrigação de indenizar.⁸

4. Periculosidade inerente do cigarro e sua defeituosidade

Segundo precedente do STJ, "o cigarro é um produto de periculosidade inerente e não um produto defeituoso, nos termos do que preceitua o Código de Defesa do Consumidor, pois o defeito a que alude o Diploma consubstancia-se em falha que se desvia da normalidade, capaz de gerar uma frustração no consumidor ao não experimentar a segurança que ordinariamente se espera do produto ou serviço".⁹

Será que o *perigo inerente* do cigarro justifica a irresponsabilidade dos fabricantes perante os consumidores?

Em primeiro lugar, cumpre considerar que no CDC, a Seção que trata "Da Proteção à Saúde e Segurança", inserida no Capítulo que cuida "Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos", *em momento algum exonera de responsabilidade o fornecedor de produtos potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança*. E nem seria razoável fazê-lo, pois isso implicaria em subtrair do consumidor seu direito básico, consagrado no art. 6º, inc. VI, à efetiva reparação de danos patrimoniais e morais. Essa interpretação, ademais, mostra-se incompatível com o que prevê o art. 18, § 6º, inc. II, do mesmo Código, segundo o qual os fornecedores respondem pelo vício de qualidade dos produtos por nocividade à saúde¹⁰

⁸ Carlos Alberto Bittar explica que, "nascida sob a égide da teoria do ato ilícito, a responsabilidade civil evoluiu no sentido de alcançar atividades carregadas de perigo, independentemente da noção de culpa" (*Responsabilidade Civil nas Atividades Perigosas, in Responsabilidade Civil - Doutrina e Jurisprudência*, coordenação de Yussef Said Cahali, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 101).

⁹ REsp 1.113.804/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 24/6/2010.

¹⁰ Por ser sempre nocivo à saúde, o cigarro é produto que possui vício de qualidade

(Esse dispositivo não diz que a responsabilidade pelo vício se limita a saná-lo, ou às providências previstas no § 1º, devendo portanto estender para atingir também suas consequências danosas.). Isso para não falar nos dispositivos do CC: o art. 927, par. único, que cria a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem; e o art. 931, segundo o qual as empresas respondem, independentemente de culpa, pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

Será que ao dar as “informações necessárias e adequadas” a respeito dos riscos acarretados pelo cigarro à saúde ou segurança do consumidor, “de maneira ostensiva e adequada” como determinam os arts. 8º e 9º do CDC, o fornecedor exime-se de sua responsabilidade pelos danos causados pelo produto?

O art. 8º encerra, na primeira parte, uma autêntica proibição, ainda que proclamada de forma indireta e genérica, ao exigir que não se coloque no mercado produtos perigosos (“os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores”), consagrando todavia uma exceção em relação aos riscos “considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição”. *Nenhuma palavra sobre responsabilidade civil, menos ainda sobre sua exoneração.* No art. 10, essa proibição vem de forma explícita: “O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança”. Também aqui, *nada instituindo irresponsabilidade civil.*

Assim, antes que se chegue a uma leitura deturpada, é importante constatar que em momento algum a Seção que trata “*Da Proteção à Saúde e Segurança*” isenta o fornecedor de responsabilidade por danos causados ao consumidor. E nem se poderia admitir que o CDC, de modo esquizofrênico, concedesse e ao mesmo tempo retirasse do consumidor seu direito à indenização, estabelecendo uma contradição: o que daria nos arts. 12 e 18 (e também no CC, arts. 927, par. único e 931) seria retirado nos arts. 8º a 10.

Insistimos: os arts. 8º, 9º e 10 *não encerram regras sobre responsabilidade civil*, são dispositivos que se limitam a proibir o fornecimento de produtos perigosos, ressalvando aqueles de risco inevitável – e por conseguinte tolerável para efeito de colocação no mercado de consumo, desde que informem os riscos. A ressalva que contém é apenas para permitir a circulação de produtos que, apesar de apresentar periculosidade, por ser essa característica inerente ou indissociável de sua natureza, têm sua oferta excepcionalmente admitida.¹¹

Mas é importante considerar que, depois de disciplinar as condições para a circulação de produtos potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança, o CDC, já em outras Seções, traz no art. 12 a regra geral da responsabilidade pelo fato do produto, de alcance amplo e abrangente (encerrando as pouquíssimas hipóteses de exceção no § 3º) e, no art. 18, § 6º, inc. II, a responsabilização específica no caso de

insanável, nos termos do inc. II, do § 6º, do art. 18 do CDC.

11 Cf. Herman Benjamin, in Juarez de Oliveira (Coord.) *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva. 1991, p. 47.

produtos impróprios ao consumo por nocividade à vida ou à saúde.

Aqui cabe um parêntese importante para discutir o caráter defeituoso do cigarro. Quem sustenta que o cigarro não é um produto defeituoso porque não frustra a expectativa do consumidor sobre sua segurança (CDC, art. 12, § 1º, inc. II), evidentemente *desconsidera o processo de formação de dependência provocado pela nicotina*. Ignora que “a dependência é caracterizada pelo uso e a necessidade, tanto física como psicológica, de uma substância psicoativa, apesar do conhecimento de seus efeitos prejudiciais à saúde. Substâncias ou drogas psicoativas são aquelas que modificam o estado de consciência do usuário”.¹²

Assim, tratar o cigarro como um produto qualquer, e conferir ao fumante plena capacidade de agir em função de discernimento racional sobre os riscos do tabagismo é um erro inaceitável, na medida em que a dependência da nicotina impede que ele seja capaz de resistir ao risco. Quando a lei estabelece o critério da segurança que legitimamente se espera do produto, está pressupondo, por parte do consumidor, além da faculdade de avaliar de modo consciente, criterioso e racional os riscos do produto, como um homo medius, também a capacidade de se comportar de acordo com essa avaliação.

Ocorre que isso é impossível quando o produto possui uma substância psicoativa como a nicotina, que provoca comportamento compulsivo capaz de interferir diretamente na decisão de fumar. Ora, de nada adianta a capacidade do indivíduo de avaliar de modo racional e sensato o risco do produto se, em função de substância presente nesse mesmo produto, ficar ele privado da capacidade de se comportar de acordo com sua razão evitando seu consumo. Inútil a consciência dos malefícios para quem possui transtornos mentais e comportamentais causados pela nicotina, pois ele acará sucumbindo, cedendo à força da dependência química.

Segundo o § 1º do art. 12 do CDC, na verificação da defeituosidade, deve-se levar em consideração as “circunstâncias relevantes” sobre a expectativa de segurança do produto. Bem, a presença de substância psicoativa (nicotina), que se liga a receptores no Sistema Nervoso Central, liberando dopamina, neurotransmissor que causa imediata sensação de prazer, capaz de provocar síndrome de dependência, certamente constitui circunstância relevantíssima a ser considerada quando se analisa o defeito do cigarro.

Em suma, “o fumante, como dependente químico que é, não tem domínio e nem racionalidade quanto à sua dependência. O indivíduo fumante continua fumando porque tem muita dificuldade de livrar-se da dependência à nicotina e, em muitas circunstâncias, não tem como vencer a verdadeira pressão interna que os receptores nicotínicos cerebrais exercem sobre o seu comportamento e a sua vontade”.¹³ Assim, como exigir do fumante, na condição de dependente químico, impulsionado ao consumo por um “desejo poderoso” causado pelo vício (vide CID 10 - F17.2), capacidade

¹² *Evidências Científicas sobre Tabagismo para Subsídio ao Poder Judiciário*, Associação Médica Brasileira Ministério da Saúde/Instituto Nacional de Câncer et al., p. 6. <http://www.projetodiretrizes.org.br/diretrizes12/tabagismojudiciario.pdf>

¹³ *Evidências Científicas sobre Tabagismo para Subsídio ao Poder Judiciário*, Associação Médica Brasileira Ministério da Saúde/Instituto Nacional de Câncer et al., p. 9.

de agir de forma racional diante dos riscos do cigarro?

Além disso, não podem ser desconsideradas as regras dos arts. 927, § único, e 931 do Código Civil (aplicáveis nos termos do art. 7º, caput, do CDC), que impõem, irrestritamente, responsabilidade ao fabricante pelo risco do empreendimento.¹⁴

Portanto, apenas uma leitura apressada e ignorante de seu contexto teleológico e de sua inserção no sistema, e que despreza as evidências científicas sobre o processo de dependência química que motiva o tabagismo, pode extrair dos arts. 8º, 9º, 10 e 12 uma inexistente concessão de irresponsabilidade ao fabricante de cigarros.

Mais grave ainda, essa interpretação peca por premiar inexplicavelmente o fornecedor do produto *mais lesivo do mercado*, numa inversão de valores inadmissível. Assim, se o produto for apenas defeituoso, o fabricante responderá independentemente da existência de culpa pela reparação dos danos causados aos consumidores, conforme prevê o art. 12 do CDC. No entanto, segundo o precedente do STJ, sendo o produto de periculosidade inerente, ou seja, *mais danoso*, o fabricante livra-se de sua responsabilidade perante o consumidor. Em outras palavras, quanto pior o produto, no que toca a sua periculosidade, *melhor para o fornecedor*, que se livra da responsabilidade. Como se o CDC tivesse sido concebido para responsabilizar apenas os fornecedores de produtos inofensivos.

Conclusão

Muitos operadores do direito ainda não incorporaram devidamente os novos princípios que informam a responsabilidade civil objetiva, que resultaram, sobretudo nas relações de consumo, na transferência de encargos para o fornecedor, especialmente no que concerne à segurança do consumidor. Ainda apegados a lições do passado, hoje obsoletas, muitos profissionais raciocinam conservadoramente a partir de cânones que o ordenamento jurídico já superou ao dispensar o ato ilícito e a culpa como pressupostos para a responsabilização civil em determinadas situações. Ignoram a notável evolução – ou mesmo *revolução* – do tratamento legal da responsabilidade civil, que por diversas razões incorporou novos princípios e valores, especialmente nas relações de consumo e nas atividades empresariais, fixando a responsabilidade objetiva do fornecedor em função do risco da atividade.

Repugna o bom senso a ideia de que um ordenamento jurídico – assumidamente preocupado em proteger o consumidor contra produtos defeituosos e/ou viciados (CDC, art. 1º) – permita o fornecimento irresponsável de um produto tão nocivo como o cigarro. Seria como se o Direito Penal, prevendo a punição de determinada conduta culposa, isentasse de pena o autor quando a mesma conduta fosse dolosa.

De outra parte, é inconcebível a desconsideração das peculiaridades do fumante como vítima de dependência química, pois o vício causado pela nicotina cria

¹⁴ Nos termos do art. 7º, caput, do CDC, os direitos previstos no código não excluem outros decorrentes da legislação interna ordinária.

comportamento compulsivo que interfere diretamente na decisão de fumar.¹⁵ Estamos diante de uma circunstância relevante que deveria ser levada em consideração, como manda o § 1º do art. 12 do CDC: quando o fumante acende um cigarro, a necessidade patológica de repor a nicotina anula sua preocupação com sua saúde.

Assim, a tese de que os danos causados pelo consumo de cigarros não seriam passíveis de indenização é absolutamente contrária ao próprio Direito, que, como regra, quer que o prejudicado receba reparação. Com efeito, a perspectiva de que alguém, especialmente um fornecedor, possa estar liberado das consequências danosas de sua atividade é completamente incompatível com o princípio jurídico básico e milenar que proíbe a lesão a direito alheio (*neminem laedere*). É preciso considerar que, "tradicionalmente a responsabilidade civil desempenha funções sociais na interação humana. A técnica da responsabilidade civil é essencial para a definição e o funcionamento da produção e circulação de riquezas, bem como a promoção de determinada ética. A responsabilidade civil é parte e forma da concretização da justiça comutativa e distributiva".¹⁶ Dada a importância desse instituto, apenas razões excepcionais e relevantes poderiam, legitimamente, justificar a irresponsabilidade de quem fornece produto que se sabe prejudicial à saúde do consumidor.

Antiga regra de hermenêutica propõe que, na interpretação da lei, devem ser rejeitados todos os processos que levem a conclusões absurdas. Mas no Brasil chegamos a uma situação bizarra, pois a jurisprudência se mostra flagrantemente contraditória, ao admitir a responsabilização de fornecedores de laticínio e de molho de tomate quando apresentam um simples bolor¹⁷, ou de lanchonete quando num lanche é encontrado um corpo estranho¹⁸, e no entanto isentar de responsabilidade quem fabrica deliberadamente um produto que contém 4.700 substâncias tóxicas, incluindo nicotina (responsável pela dependência química), monóxido de carbono (o mesmo gás venenoso que sai do escapamento de automóveis) e alcatrão, que é constituído por aproximadamente 48 substâncias pré-cancerígenas, como agrotóxicos e substâncias radioativas (que causam câncer) que causa milhares de mortes a cada ano.

15 "Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a "pasteurização" das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador." (*REsp 586.316/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/04/2007*)

16 J.R. de Lima Lopes, *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: RT. 1992, p. 93.

17 TJSP, Apelação nº 0008026-27.2012.8.26.0564, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Salles Rossi, 29/01/2014. "TJSP, Apelação nº 0016981-21.2011.8.26.0002, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Alexandre Lazzarini, 19.11.2013.

18 TJSP, Apelação nº 0007632-84.2009.8.26.0609, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. César Ciampolini, 01.04.2014.

Referências Bibliográficas

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, Rio de Janeiro: Forense, 11ª ed., 1991.

OLIVEIRA, Juarez de (Coord.) **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva. 1991.

LOPES, J.R. de Lima, **Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor**. São Paulo: RT. 1992.

BITTAR, Carlos Alberto, **Responsabilidade Civil nas Atividades Perigosas, in Responsabilidade Civil - Doutrina e Jurisprudência**, Yussef Said Cahali (coord.), São Paulo: Saraiva. 1984

Associação Médica Brasileira Ministério da Saúde/**Instituto Nacional de Câncer** et al. Evidências Científicas sobre Tabagismo para Subsídio ao Poder Judiciário, 2013

Condições *de trabalho* na fumicultura

Margaret Matos de Carvalho

Procuradora do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho da 9ª Região.



O presente artigo foi produzido com base em denúncias recebidas e apuradas pelo Ministério Público do Trabalho do Paraná sobre as relações de trabalho entre agricultores familiares e empresas de tabaco.

Os Ministérios Públicos do Trabalho do Paraná e de Santa Catarina promoveram ao menos 18 ações civis públicas contra fumageiras com o objetivo de ver reconhecida a relação empregatícia entre elas e os fumicultores da região, com o consequente pagamento de direitos trabalhistas e a obrigação de não utilizar mão de obra infantil, entre outros pedidos.

A produção de fumo concentra-se na Região Sul do país e é desenvolvida em pequenas propriedades rurais, em regime de economia familiar. Portanto, o resultado da atividade de produção do fumo pode ser equiparado à remuneração recebida pelos agricultores, trabalhadores rurais.

No preço do fumo, fixado unilateralmente pelas indústrias do tabaco, já está contemplado o pagamento da mão-de-obra, sem necessariamente ter relação direta com o número de pessoas da família que será envolvido na atividade. A produtividade exigida pelas indústrias é que vai determinar quantas pessoas serão envolvidas e por quantas horas essas pessoas terão que se dedicar à atividade. Todos os integrantes da família têm a sua força de trabalho colocada a serviço da indústria do fumo, inclusive crianças e adolescentes. Segundo o IPARDES (órgão de pesquisa do Estado do Paraná) a média é de duas crianças por propriedade envolvida na atividade¹.

Diferentemente das formas clássicas de contratação de mão-de-obra, nas quais o trabalhador coloca à disposição do empregador a sua força de trabalho, no caso da fumicultura as indústrias do tabaco não apenas se apropriam da força de trabalho do agricultor, mas também se apropriam da força de trabalho de todos os demais membros da família. Além da apropriação da força de trabalho, outras condições são impostas aos pequenos produtores, como por exemplo, que a terra seja colocada a serviço da produção do fumo; que a terra seja dada em garantia do financiamento que irá cobrir os custos com a infra-estrutura necessária à produção do fumo, enfim, o risco do empreendimento é inteiramente repassado aos trabalhadores rurais, contrariando princípio do Direito do Trabalho.

A renda média bruta da propriedade não garante o pagamento sequer de um salário mínimo legal para cada trabalhador envolvido na produção, inclusive crianças e adolescentes que auxiliam o grupo familiar na composição de sua renda. Assim, o trabalho infantil é explorado pelas indústrias do tabaco que se beneficia da cadeia produtiva ao seu final, permanecendo com o lucro da atividade.

O Programa de Erradicação do Trabalho Infantil do Sindifumo², mesmo após a assinatura de acordo judicial com o Ministério Público do Trabalho, não passa de mera estratégia de marketing e sem resultados efetivos. Produzir fumo não garante ao agricultor autonomia financeira suficiente para evitar que seus filhos, mesmo crianças e adolescentes, sejam envolvidos na atividade. Mais do que um aspecto cultural, trata-se de um importante aspecto econômico.

Os contratos de integração nasceram para garantir às indústrias compradoras do tabaco total segurança,

1 http://www.ipardes.gov.br/biblioteca/docs/Mapa_trabalho_infanto_juvenil_pr.pdf

2 <http://www.mprs.mp.br/imprensa/noticias/id14205.htm>

ainda que à custa da exploração de milhares de trabalhadores brasileiros, inclusive crianças e adolescentes.

A fragilidade social e econômica dos pequenos agricultores brasileiros (que ademais se repete em outros segmentos sociais), aliado ao desaparecimento estatal, cada vez mais distante de proteger os direitos de sua população, fizeram com que as indústrias fumageiras integradoras (grandes multinacionais e, portanto, de capital estrangeiro) se estabelecessem firmemente em solo brasileiro, com todas as facilidades que as nossas próprias indústrias não tem, como, por exemplo, facilidade de acesso a crédito oriundo de recursos públicos.

O contrato de integração é apresentado de forma digitalizada, pronto para a aposição da assinatura do pequeno produtor. A este não é dado fazer observações ou negociar itens que entender pertinentes. Trata-se de verdadeiro contrato de adesão, repudiado pelo ordenamento jurídico vigente.

O contrato de integração, sob a falácia de garantir ao pequeno produtor a venda de sua safra, traz às indústrias reservas de mercado inimagináveis e que afrontam a livre concorrência e a livre iniciativa, este princípio fundamental estampado na Constituição Federal da República. Além de indícios de formação de "cartel", há flagrante controle do processo de endividamento dos pequenos produtores.

Nos contratos de integração há previsão, dentre outras coisas, de que as empresas assumam o compromisso de vender e recomendar os insumos agrícolas necessários. Essa é mais uma estratégia das indústrias para ampliar a sua reserva de mercado, pois ficam com a exclusividade do mercado de venda dos produtos necessários à produção do fumo, retirando das demais empresas qualquer possibilidade de livre concorrência. É o caso, por exemplo, das sementes utilizadas no plantio, fertilizantes, agrotóxicos, equipamentos de proteção individual, assistência técnica, etc. Debaixo das expressões "recomenda" e "disponiliza" o pequeno agricultor está atrelado à aquisição dos insumos agrícolas da AFUBRA, entidade que diz representar os fumicultores, mas está inteiramente atrelada aos interesses da indústria do tabaco. O produtor "paga" os insumos agrícolas com o a folha do fumo produzida, de acordo com o preço fixado pelas indústrias, e tem, quando da entrega de sua safra, os valores debitados do total a receber. Portanto, tanto as indústrias do tabaco, quanto a AFUBRA, não correm nenhum risco de insolvência pois, ainda que o produto entregue não seja suficiente para cobrir os gastos efetuados, o seguro tomado garante o pagamento. Seguro, aliás, comercializado pela própria Afubra, embora esta não esteja devidamente autorizada junto à SUSEP – Superintendência de Seguros Privados / Ministério da Fazenda.

O financiamento a que tem acesso o pequeno produtor, captado pelas próprias indústrias fumageiras, é operacionalizado por instituição financeira indicada por elas mesmas. Ou seja, também nesta hipótese o pequeno agricultor não pode escolher a instituição financiadora que entender mais conveniente, retirando sua liberdade de escolha, o que fere o Código de Defesa do Consumidor.

A assistência técnica, que faz parte do contrato de integração e também é remunerada em folha de fumo pelo pequeno produtor, responde diretamente às empresas, pois estas é que realizam as contratações da mão-de-obra. Ou seja, os técnicos são empregados das indústrias, mas são pagos pelos pequenos produtores. Porém, ainda que quem realmente remunera a assistência técnica seja o pequeno produtor, este não detém qualquer poder de mando sobre o técnico. Ao contrário, fica muitas vezes em situação de inferioridade. Não pode o pequeno produtor determinar ao assistente técnico quantas vezes deve comparecer em sua propriedade e nem mesmo quantas horas deve permanecer a fim de superar as dificuldades técnicas encontradas. Os assistentes técnicos realizam apenas e tão-somente aquilo que lhes determinam as indústrias, servindo muito mais de operacionalizadores da burocracia (assinatura de contratos, adesão a programas lançados pelas indústrias através do Sindifumo ou Afubra, controle da produção, adesão ao seguro, etc), do que exatamente prestadores de orientação técnica. Aqui mais uma vez é retirada a liberdade do pequeno produtor de contratar a assistência técnica que julgar mais conveniente aos seus interesses e ao seu bolso.

A classificação da produção é unilateral. As indústrias que assinam o contrato de integração com o pequeno produtor é que têm a prerrogativa de classificar a produção, sem que o pequeno produtor possa discordar. Ainda que os custos com o transporte da produção seja de responsabilidade das empresas, se o pequeno produtor discordar da classificação, os custos do transporte para levar a produção de volta à propriedade deverão ser arcados pelo mesmo, desonerando-se a empresa de qualquer problema de percurso (falta de

fardos, fumo molhado, etc), desestimulando o pequeno produtor de enfrentar a imposição empresarial. Vale dizer que a classificação oficial é realizada nas dependências das indústrias, quando a produção de fumo já foi retirada da propriedade rural, aumentando as chances de manipulação de preço. Não fosse bastante, a regulamentação legal existente (Portaria 527, do MAPA, de 17 de março de 1994) adota um sistema de classificação extremamente complexo, dificultando ainda mais a vida do produtor. Só como exemplo, o fumo Virgínia tem 48 classes, o Burley 29 e o Comum 18. Além do preço ser fixado de forma unilateral pelas indústrias, também a classificação assim ocorre. Interessante observar que no momento da classificação da folha do fumo as indústrias têm o poder exclusivo de equilibrar suas contas, conforme sua conveniência, sem que o produtor tenha qualquer possibilidade de defesa. Não há nenhum órgão estatal de controle. Talvez o mecanismo central para o domínio da cadeia produtiva pelas indústrias fumageiras seja o controle e possibilidade de manipulação que detém sobre o processo de classificação / comercialização do fumo, resultando no principal foco de exploração dos agricultores.

No ato da contratação, o pequeno produtor já recebe o receituário agrônômico pronto e que contém a relação dos insumos agrícolas a serem utilizados (marca e quantidade), com mínimas recomendações técnicas de manuseio (o que é preocupante quando se trata de agrotóxicos). A chamada "*receita de balcão*" contraria a legislação vigente e o próprio código de ética da categoria (CREA).

O seguro é também uma imposição no momento da assinatura do contrato, cabendo ao pequeno produtor apenas a opção da extensão da cobertura, iniciando por granizo, granizo e ou tufão, estufa e falecimento (este último seguro de vida). Não é dada faculdade ao pequeno produtor de escolher a seguradora de sua preferência, a modalidade de seguro desejada, o preço do seguro, o valor do prêmio em acontecendo o sinistro, enfim, não tem a liberdade de optar segundo direito assegurado no Código de Defesa do Consumidor. Interessante observar que o pequeno produtor, quando ocorre o sinistro, não tem acesso ao prêmio, pois a Afubra não lhe repassa o montante correspondente ao prêmio segurado, como ordinariamente acontece com as demais seguradoras. Primeiro são quitadas as suas dívidas, inclusive com o sistema financeiro, para depois ter acesso ao restante – se sobrar alguma coisa. É tratado, no mínimo, como incapaz de gerir o próprio negócio. A Associação dos Fumicultores do Brasil - Afubra não é corretora de seguros, não se encontra licenciada pela SUSEP e pratica reserva de mercado em afronta à livre concorrência e iniciativa.

A produção do fumo consome o trabalho de praticamente todos os dias do ano de produtor e sua família, expondo-os ao contato permanente e direto com agrotóxicos, utilizados em praticamente todas as etapas, desde a produção até a secagem³. Não menos importante são os registros cada vez mais expressivos de intoxicação decorrente do contato com a folha verde e ainda úmida do tabaco, conhecida como "doença da folha verde", já cientificamente comprovada, mas que permanece sendo refutada pelas indústrias. Parte significativa do tempo dispendido é consumido na produção de mudas, para o

que são utilizadas duas técnicas: canteiros de mudas e sistema "floating", este último mais recente e utilizado como argumento técnico capaz de diminuir o contato do pequeno produtor com os agrotóxicos, em especial pela eliminação a partir de sua adoção da utilização do brometo de metila, produto banido dos países desenvolvidos e utilizado em larga escala durante anos na produção do fumo brasileiro.

Estudo realizado concluiu que, a despeito da eliminação do gás de brometo de metila, com a adoção do sistema "float", indentificou-se alta toxicidade da água deste sistema, que na maioria das vezes é descartada, pura ou misturada com calcário, diretamente no solo, ou fica dentro do sistema até evaporar por completo ou ser carregada pelas águas das chuvas. Além do risco do sistema "float" ser implantado próximo à residência do agricultor, de sua horta, do espaço destinado à criação de animais e onde circulam as crianças, contaminando inclusive a fonte de água potável, os produtos aplicados formam uma calda de agrotóxicos e ocorre uma deposição no fundo do canteiro, o que demonstra ser uma tecnologia inadequada de uso dos agrotóxicos. Não há estudos sobre os efeitos sinérgicos da combinação de múltiplos agrotóxicos, como acontece na produção do tabaco.

As safras 2003 e 2004 foram as últimas que utilizaram gás de brometo de metila para a esterilização do solo (o brometo de metila é classificado como um gás perigoso para o ambiente cuja inalação pode ser fatal ou provocar lesões pulmonares duradouras ou permanentes). Segundo o vice-presidente de meio-ambiente do Sindifumo (Marcos Salvadego) as indústrias fumageiras instaladas no Brasil se anteciparam às previsões mundiais que prevê a

3 http://www.deser.org.br/pub_read.asp?id=85 Acessado em 29/05/2014.

erradicação do brometo de metila até o ano de 2010 e que nas safras 2002 e 2003 seriam utilizadas apenas as "sobras de estoque ainda existentes". Disse ainda, na ocasião, que a indústria não iria mais vender o brometo de metila, exceto as sobras existentes e que a decisão levava em conta o fato do produto ser prejudicial ao meio ambiente e atacar a camada de ozônio. As afirmações demonstram que nenhuma preocupação tem as indústrias em relação à saúde do agricultor e sua família, pois, ainda que reconhecendo a prejudicialidade do produto, continuou "vendendo" as sobras em estoque. Além da insensibilidade o depoimento revela que, de fato, são as empresas que "vendem" aos pequenos produtores, através da Afubra que formaliza a comercialização, os insumos agrícolas utilizados na produção do fumo.

A seguir são relacionados os agrotóxicos utilizados na produção do fumo e suas "reações adversas":

Agrotóxicos utilizados:

CLASSE IV (tidos como poucotóxicos): Orthene (organofosforado), Confidor (nitroguanidina), Cobre Sandoz (óxido cuproso) e Prime Plus (dinitroanilias).

CLASSE III (medianamente tóxicos): Solvirex (organofosforado), Dithane (ditiocarbamato) e Manzate (ditiocarbamato).

CLASSE II (altamente tóxicos): Doser (nitroguanidina), Gamit (isozazolidinonas) e Poast (hidro-ciclohexeno).

CLASSE I (extremamente tóxicos): Bromex (brometo de metila) e Furadan (carbamato).

Reações adversas observadas:

ORGANOFOSFORADOS (Orthene, Solvirex): além de perigosos ao meio ambiente, altamente tóxico para as aves, abelhas, organismos aquáticos e microcrustáceos, os seres humanos apresentam os seguintes sintomas: hiperatividade do sistema nervoso parassimpático, paralisia neuromuscular e disfunção do sistema nervoso central, fraqueza, dor de cabeça, opressão no peito, visão turva, salivação abundante, lacrimejamento e transpiração, diminuição do pulso, diarreia severa, dificuldade respiratória, náuseas, vômitos e cólica abdominal.

DITIOCARBAMATOS (Dithane, Manzate): irritação das mucosas, faringite, laringite, rinite, traqueobronquite e conjuntivite, dermatites quanto em contato prolongado com a pele, irritação da mucosa gástrica, ardor epigástrico, náuseas e vômitos se ingeridos (potencializam os efeitos adversos quando ingerida bebida alcoólica).

ÓXIDO CUBROSO (Cobre Sandoz): náuseas, vômitos, diarreia, colapso, convulsões, icterícia, anúria, pneumonite química, febre, excitação do sistema nervoso central seguida de depressão, lesões necróticas nos contatos prolongados com a pele e as mucosas que, se não houver vômitos, há absorção gradual e intoxicação sistêmica, podendo ocorrer a morte em poucos dias.

Segundo informações obtidas junto aos próprios fumicultores, os sintomas mais frequentes são

os seguintes: irritabilidade, nervosismo, cefaléia, formigamento de pernas e braços, tontura, câimbras, tristeza, azia, visão turva, conjuntivite, tremor, tosse, redução da força muscular, dispnéia, prurido no corpo, irritação nasal, cólicas, boca seca, náuseas, pressão arterial elevada, vômitos, arritmias, diarreia, dermatites e alteração da cor da palma das mãos.

Um técnico da Emater/PR informou que *"já viu crianças carregando a merenda escolar em embalagens de agrotóxicos, passando no meio da lavoura recém pulverizada em direção à escola..., que viu pais pulverizando culturas perto dos filhos, e o que é mais grave, em sua opinião, poluindo com pesticidas rios dos quais retiravam água para beber"*. Causa espanto o fato do desconhecimento pelos fumicultores do perigo que envolve o manuseio de agrotóxicos, colocando em "xeque" a tão alardeada assistência técnica oferecida. As receitas agronômicas fornecidas aos pequenos produtores não são específicas para cada problema (o que infringe a Lei de Agrotóxicos – artigo 53), pois os pedidos de agrotóxicos são formalizados pelos assistentes técnicos (o tal "pacote tecnológico" contratado já na adesão ao sistema integrado). Ao produtor são enviadas, compulsoriamente, quantidades de agrotóxicos independentemente da necessidade específica, ou seja, generalizadamente e antecipadamente – mesmo antes de existir o problema.

Foram constatadas no Paraná outras infringências à Lei de Agrotóxicos, como receitas sem os dados completos, preenchidas erroneamente,

displicentemente e sem orientações no que se refere ao manejo integrado de pragas. Foram relatadas até "recomendação de misturas não cadastradas", em desacordo com as normas da Secretaria Nacional de Defesa Agropecuária.

As informações quanto ao manejo correto e adequado dos agrotóxicos são praticamente inexistentes, situação que se agrava quanto à utilização de equipamentos de proteção individual. Sendo evidente o alto nível de desconhecimento do perigo no manuseio, a despreocupação com a proteção pessoal é mera consequência. No que se refere, então, à exposição de crianças e adolescentes trabalhadores aos efeitos do agrotóxico a preocupação aciona o aviso de alerta máximo. O próprio IPARDES em sua pesquisa afirma: *"a correspondência entre acidentes de trabalho e o manuseio de agrotóxicos sem proteção adequada, ao afetar as condições de saúde numa fase de desenvolvimento dos indivíduos, pode comprometer a continuidade da vida produtiva desses menores (sic) e ou a perspectiva de uma melhor inserção produtiva no futuro"*.

Importante ressaltar conclusão de uma investigação realizada por Etges que, analisando os aspectos que determinam a dependência e baixo ânimo de reação dos fumicultores concluiu que se dá em razão do modelo de monocultura, vinculado ao monopólio das indústrias de tabaco, com deterioração de sua saúde, fortemente influenciada pela utilização dos agrotóxicos.

O impacto ambiental causado pela produção do fumo, em razão da larga utilização de lenha nas estufas de secagem, é outro fator de preocupação. A própria indústria estima que são consumidos, em média, 1,8 milhão de toneladas de madeira por safra, considerando os três estados do Sul. Cada vez mais aumenta o desmatamento da Mata Atlântica. A mata nativa está sendo substituída por espécies de reflorestamento, o que é muito esperto por parte das indústrias. Utilizam a nossa mata nativa e a transforma em áreas de reflorestamento, cessando o impedimento de utilização de espécies nativas, já sacrificadas. Não fosse suficiente tal escândalo ambiental, outro de maior proporção foi observado: a Afubra já recebeu do Governo Federal mais de U\$ 900 milhões do PRONAF para investimento em projetos de reflorestamento.

Segundo a Organização Mundial da Saúde, a cada ano, *"cerca de 200 mil hectares de matas e florestas são destruídos no mundo para dar lugar a plantações de tabaco"*⁴.

Portanto, é imprescindível uma tomada de consciência da sociedade brasileira, a fim de fazer frente ao grande poder econômico da indústria do tabaco, que vitima não apenas os consumidores de cigarros, como também os pequenos produtores, elos frágeis de uma cadeia produtiva perversa.

⁴ http://www.diadecampo.com.br/arquivos/materias/%7B810057C3-4A50-4A87-953D-2CCBF4645A3C%7D_2318.pdf

É preciso *proteger o fumante* de si mesmo?

Sumário

1. Pressupostos para a abordagem micro do indivíduo e a análise do valor dado às liberdades individuais, 2. O argumento de livre arbítrio do fumante posto em xeque pela Economia Comportamental, 3. O fumante precisa ser protegido de si mesmo, Referências Bibliográficas.

Palavra- chave

Tabagismo – Livre arbítrio – Paternalismo estatal – Economia Comportamental – Vulnerabilidade



Amanda Flávio de Oliveira

Doutora em Direito Econômico pela UFMG. Diretora da Faculdade de Direito da UFMG. Advogada militante.



Walter José Faiad de Moura

Doutorando em Administração pela UNB. Pós-graduado e Mestre em Direito pelo ICPD/UniCEUB, Advogado militante.

1. Pressupostos para a abordagem micro do indivíduo e a análise do valor dado às liberdades individuais.

Sob a perspectiva das relações intersubjetivas em um nível micro (entre indivíduos), quando uma pessoa expressa para outra a mensagem de “saúde e vida longa”, por exemplo, está a revelar desejabilidade para que eventuais fatores de ameaça à saúde e vida do destinatário não ocorram. Em outras palavras, deseja que as condições psicofísicas deste último sejam as melhores e, por isto, ele viva o máximo possível.

Apesar de infinitas as interpretações ou análises¹ que podem ser feitas sobre uma simples locução como a acima destacada, a escolha dos verbetes saúde e vida revela um núcleo valorativo cujo significado mais genérico, não pode haver dúvida, é de que a saúde e vida pelo menos não estejam em ameaça. Daí a investigar se esses mesmos verbetes partilham de um entendimento e significado homogeneizado para todos e cada um dos indivíduos que compõem determinado grupo ou sociedade parece algo mais difícil, embora seja de grande interesse para as ciências sociais.

Avaliar e investigar o diálogo entre dois indivíduos, observar o comportamento de outros colhendo suas impressões sobre as opções de vida são inferências científicas ainda pouco comuns às abordagens do discurso jurídico. Na ciência do Direito, são encontrados ensaios mais generalistas e universais².

Ao estudar uma norma aplicável a determinado fato jurídico, seja ela restritiva de um direito ou que garanta certa liberdade, as pesquisas neste campo do

conhecimento costumam buscar, nos textos normativos, a ideia clássica da vontade da lei³ para dela construir prescrições aplicáveis a situações assemelhadas, indistintamente a todos e a cada um que se enquadre nas condições modeladas⁴ nos referidos estudos.

É o caso da proposição “*posso fumar, porque sou livre, e o Estado não pode me limitar*”. Há, aí, generalização comum e de interesse ao foco deste artigo, conforme será visto mais adiante, porque é adotado o pressuposto de que o livre-arbítrio seria a régua do direito de liberdade, de sorte que liberto seria apenas aquele indivíduo, grupo ou sociedade onde o Estado não intervém restringindo determinados bens e serviços prejudiciais à saúde e vida, como é o caso dos derivados de tabaco.

Percebe-se do discurso pela limitação da proteção à saúde e vida em virtude do direito de fumar que se sustenta em teorias em torno da liberdade individual para justificar o fenômeno do livre-arbítrio e não intervenção estatal. Caminha-se, contudo, por abordagem macro repetida em ensaios jurídicos que acabam por limitar tais postulados ao campo argumentativo e puramente dogmático. Premissas dessa natureza, contudo, não têm demonstrado solidez teórica, perdendo poder de generalização⁵.

A conhecida tese trabalha com o prazer e as satisfações do indivíduo, sua privacidade⁶, universalizadas para justificar a liberdade por detrás do direito à comercialização de fumos e derivados. Nesse sentido e apoiadas nesse primado, repetem-se medidas judiciais que questionam, um a um, cada ato do Poder Público que institui restrição (direta ou indireta) a tais produtos.

1 Em circunstâncias específicas, obviamente, a mesma frase pode conter vieses de ironia ou outros contextos que lhe retirem o conteúdo linguístico básico. A análise do discurso, comum à ciência da comunicação e da filosofia (FOCAULT, Michael. *A arqueologia do saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005), é bastante trabalhada no Direito que modela a análise de textos – especialmente os normativos – ao sabor de contingências e interesses para lhes empregar como prescrição e defesa de condutas específicas, a exemplo de liberdades.

2 NETO, A. L. Machado. *Sociologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2008.

3 Beviláqua, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1980, p.48.

4 REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, p. 42, 1994.

5 COSSIO, Carlos. *El derecho em el derecho judicial: las lagunas del derecho La valorización judicial*. Buenos Aires: El Foro, p. 230, 2002.

6 FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *A liberdade de fumar: sobre a liberdade de fumar e o direito à saúde na Constituição e na lei. Direito Constitucional. Liberdade de fumar. Privacidade. Estado. Direitos Humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007, pp. 194-218.

Entretanto, é preciso observar que referida generalização só poderia ser feita se os predicados atribuídos ao fumo (prazer e satisfação) fossem observados na base da população, isto é, nas diferentes particularidades, subjetividades ou crenças da população.

A explanação macro dos conceitos jurídicos não é pior nem melhor, cientificamente, que abordagens micro. Todavia, na tendência dos paradigmas científicos que hoje influenciam as ciências sociais, a chamada teoria do *pós-modernismo* tem demonstrado que as generalizações de postulados podem dar perspectivas apenas parciais de determinado objeto ou da realidade.

A realidade não é um dado, mas deve ser explorada a partir da interação e reações que os próprios sujeitos apresentam diante de determinado fenômeno ou preceito (neste caso, jurídico)⁷.

Na contraposição de duas teses interpretativas em torno de um mesmo texto normativo (ou conjunto de textos normativos), como ocorre em torno do direito à saúde tutelado pelo Estado *versus* o livre-arbítrio daquele que quer fumar sem nenhum controle público que advirta ou restrinja o derivado de tabaco, tem-se observado um esforço teórico cujos pressupostos adotados, para ambos os lados, constituem-se majoritariamente de abordagens macro e não empíricas, desenvolvidas exclusivamente por esforços argumentativos.

Quer parecer que abordagens puramente macro se distanciam da realidade percebida pelos indivíduos, da compreensão e valoração que os sujeitos abstraem em torno de um fenômeno e suas implicações adjacentes. Exortar palavras como saúde, vida e proteção é fácil, tanto quanto não há dificuldades em superestimar a dimensão do prazer e do gozo livre da saúde corporal,

especialmente na etapa atual do capitalismo⁸. Mais desafiador parece contrastar e submeter tais primados às complexidades do contexto real de quem fuma ou já fumou, para daí testar se a percepção de liberdade, prazer e livre-arbítrio realmente é passível de generalização.

Observa-se escassez⁹ de estudos jurídicos que faceiem tais generalizações com dados empíricos colhidos em campo (pesquisas de *survey*, por exemplo), testando se realmente referidas teses (seja qual for a conclusão) predizem ou correspondem a reflexos bem ou mal avaliados pela população que vivencia o fenômeno do fumo.

Abordagens comportamentais (que partam do nível micro, considerando o indivíduo) dão *novos insights*¹⁰, especialmente nas interações com outras áreas de conhecimento científico afins, conforme adiante será abordado. Sob tal contexto, seria mais correto que trabalhos com proposições de limitar políticas públicas estatais de promoção à saúde em prol do direito de fumo devam, antes, contrastar suas hipóteses com abordagens que contenham ou contemplem a percepção dos sujeitos nela envolvidos. Não apenas na análise de custo do aparelho estatal e a arrecadação tributária, mas a percepção que fumantes, não-fumantes e ex-fumantes tenham sobre referido prestígio à liberdade.

Antes de generalizar conceitos como liberdade e prazer, associando-os ao fumo, antes de adotar como pressuposto válido e universal que esta ou aquela campanha governamental foram capazes de eliminar dúvidas¹¹ quanto aos efeitos maléficos do fumo, *há*

8 BAUMANN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade; Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

9 Para tanto, realizou-se bibliometria em obras e artigos publicados em periódicos jurídicos nacionais com resumos contendo pelo menos as seguintes palavras-chave (entre 2008 e 2013): liberdade e/ou direito e/ou fumar e/ou livre-arbítrio.

10 BERGAMINI, Cecília Whitaker. Psicologia aplicada à administração de empresas: psicologia do comportamento organizacional. São Paulo: Altas, p. 83, 2014.

11 Neste sentido, exemplo de argumento generalizante estritamente dogmático, ver REsp 1113804/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma-STJ, DJe 24/06/2010: "Antes da Constituição Federal de 1988 - raiz normativa das limitações impostas às propagandas do tabaco -, sobretudo antes da vasta legislação restritiva do consumo e publicidade de cigarros, aí incluindo-se notadamente o Código de Defesa do Consumidor e a Lei n.º 9.294/96, não havia dever jurídico de informação que impusesse às indústrias do fumo uma conduta diversa daquela

7 BEST, Steven. KELNER, Douglas. *Postmodern theory: critical interrogations*. Nova York: Guilford Press, pp. 4-9, 1991.

mais relevância em investigar, no contexto dinâmico da vida dos indivíduos, se tais pressupostos conferem com a percepção de quem vive lado a lado com o fumo. Nas interações com dados empíricos ou abordagens comportamentais, a suposição abstrata pode não funcionar, a exemplo do que constatou recentíssima pesquisa do International Tobacco Control (ITC) ¹².

No estudo que já trabalha com dados amostrais de 2009 a 2013, o instituto levantou (*survey*) dado elementar que, entre os fumantes (isto é, aqueles que concretizaram a opção de liberdade medida pelo ato de fumo), 87% responderam que se arrependem de ter iniciado o consumo do tabaco. Dentre outros tantos achados, a percepção de insatisfação com o ato de fumo revelada apenas depois de já o tendo consumido bem (depois de constatado vício) demonstra um elemento que corrói o núcleo das generalizações que correlacionam fumo/prazer/libre-arbítrio.

Aproximando as abordagens macro e micro, torna-se inconciliável a manutenção do postulado que defende o ato de fumar apoiado em um gozo livre e prazeroso, se as constatações percebidas do indivíduo que fuma apresentaram a percepção de arrependimento, associando o hábito mais a um vício que a uma liberdade.

A generalização de diversos postulados jurídicos, especialmente o da liberdade do ato de fumar, deve ser relativizada e projetada nos indivíduos da população para, só depois, refletir um consenso. Fora desta perspectiva, o afastamento do controle estatal sobre os efeitos maléficos do fumo sobre o indivíduo deixa de fazer sentido, justificado no direito de livre-

arbítrio do fumante perde todo o sentido se o revelar dos dados empíricos caminham para a percepção de que fumante precisam, sim, de proteção, se simples enunciados normativos não são hábeis de lhe retirar de situação indesejada.

Outras ciências sociais estão mais próximas de estudos em nível micro ou individual, investigando a riqueza de construtos apoiados em percepções individuais ou comportamentais, importantes para compreender ou justificar nuances do comportamento humano. Entender o que uma amostra considerável de pessoas realmente vivenciou e vivencia diante do fumo, captando as experiências e consequências concretas, compõe uma dimensão rica para que o legislador, o teórico e o intérprete (enfim, o operador) possa testar a validade ou até legitimidade de seus achados e argumentos.

Antes de se avançar à análise da Economia Comportamental, fica destacada a carência de estudos jurídicos (uma agenda de pesquisa proposta) que aprecie os conteúdos normativos não apenas por sua dimensão enunciativa¹³, mas também pela noção construída a partir da percepção da sociedade.

2. O argumento de livre arbítrio do fumante posto em xeque pela Economia Comportamental

A crença no caráter “libertador” da consagração da autonomia da vontade, de fato, representou, na história dos direitos fundamentais, uma reação importante e necessária aos autoritarismos estatais, ao uso arbitrário e indevido da força e do poder. Não à toa, os direitos de liberdade e a autonomia da vontade representam a primeira geração de direitos do homem reconhecida nas Cartas de Direitos.

por elas praticada em décadas passadas. Em realidade, afirmar que o homem não age segundo o seu livre-arbítrio em razão de suposta “contaminação propagandista” arquitetada pelas indústrias do fumo, é afirmar que nenhuma opção feita pelo homem é genuinamente livre, porquanto toda escolha da pessoa, desde a compra de um veículo a um eletrodoméstico, sofre os influxos do meio social e do marketing. É desarrazoado afirmar-se que nessas hipóteses a vontade não é livre”.

¹² Disponível em: <<http://www.itcproject.org/files/ITC_BrazilNR-POR-Aug2-v18-web.pdf>>, acessado em 28/05/2014.

¹³ A diferença entre percepções normativas da sociedade pode ser bem compreendida na proposta de Marcelo Neves em torno da dimensão simbólica da constituição. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 31.

Entretanto, muito já se evoluiu na história dos homens e de seus direitos desde então. Superou-se o período de afirmação da pessoa humana frente ao autoritarismo do poder, sofisticaram-se e tornaram-se mais complexos os novos direitos fundamentais. Para tanto, contribuíram a evolução das mentalidades, a tecnologia e os avanços da Ciência, comprovando que as relações humanas e de poder são mais complexas que o próprio homem supunha.

Assim é que, no âmbito do Direito Civil brasileiro, por exemplo, abandonou-se, em 2002, pelo Código Civil, o caráter “intocável” do contrato entre particulares por parte do Estado, para se autorizar a intervenção estatal quando necessária para assegurar a efetiva igualdade entre as partes. Da mesma forma, o ordenamento jurídico brasileiro, desde 1990, admite a consagração da vulnerabilidade do consumidor, presente em toda e qualquer relação jurídica de consumo, o que autoriza a sua tutela de forma desigual, para favorecê-lo. É com base no mesmo fundamento (de que assegurar a liberdade é pouco para se garantir equidade) que se discute e encontra-se em fase final de tramitação o Projeto de Lei do Senado que visa disciplinar o superendividamento dos consumidores (PLS 282/2012).

Todas essas disciplinas, no entanto, sofreram rejeições em suas fases iniciais de discussão e/ou aplicação. O argumento do “excesso estatal” sempre se fez presente nessas reações. Preocupa-se em resguardar a individualidade, a capacidade humana de fazer escolhas por si só. E é precisamente o mesmo que vem ocorrendo com a disciplina do tabagismo.

Sabe-se que o Direito se faz com ideias e argumentação.

Deve-se respeito à Constituição e às leis, mas uma ideia ou interpretação supera outra que lhe é contrária por meio da argumentação e da fundamentação jurídica mais consistente. Todavia, sempre que o Direito se alheia a outras Ciências, que lhe são complementares, perde em precisão e adequação da lei à realidade.

É nesse ponto que a teoria denominada “Economia Comportamental” importa para o tema da disciplina do tabagismo. Derivação dos estudos em *Law & Economics*, predominantemente desenvolvida por estudiosos de Harvard, a teoria já foi responsável por dois Prêmios Nobel, para Herbert Simon, em 1978, e Daniel Kahneman, em 2002¹⁴. Agregando elementos de Psicologia, a Economia Comportamental (EC) busca descrever um ser humano mais real e concreto e, o que é principal, o seu comportamento econômico¹⁵. Considerando que as decisões humanas são sempre econômicas (no sentido de que o ser humano faz sempre ponderações de custo-benefício em seu processo de tomada de decisão), a Economia Comportamental parte do pressuposto de que as decisões humanas são sempre racionais, mas a racionalidade humana é limitada.

A EC descreve a dificuldade humana com a tomada de decisões intertemporais, assim definidas aquelas para as quais se faz um pequeno sacrifício hoje, à espera de um benefício maior no futuro. Descreve, igualmente, o chamado superotimismo humano, ou a crença dos indivíduos de que eles são mais propensos ao acontecimento de boas coisas em suas vidas que nas dos outros. Comprova, empiricamente, a afirmação de que, por vezes, as escolhas dos seres humanos

14 Dentre inúmeros trabalhos de Kahneman, sugere-se: KAHNEMAN, Daniel. *Maps of bounded rationality: a perspective on intuitive judgment and choice*. Princeton University, 2002, pp. 449-489.

15 Nava Ashraf, Colin F. Camerer e George Loewenstein desenvolvem a tese de que preocupações comportamentais estavam presentes desde Adam Smith: ASHRAF, CAMERER and LOWENSTEIN. Adam Smith, *Behavioral Economist*. Journal of Economic Perspectives—Volume 19, Number 3—Summer 2005—Pages 0001-0015.

baseiam-se em compulsões, ódio, paixões, vícios e não representam, exatamente, uma expressão de escolha livre. Confirmam o caráter limitado da força de vontade humana. Demonstram que os seres humanos costumam selecionar, entre as opções possíveis, os argumentos que confirmam aquilo que eles previamente desejavam como conclusão¹⁶.

Todo esse conhecimento, robusto, empiricamente comprovado, e premiado pela comunidade científica global, conduz a uma necessidade imperiosa de se rever as discussões sobre o possível “excesso” estatal na proteção do fumante. É de se reconhecer, por outro lado, que as seguintes afirmações são reconhecidamente corriqueiras entre os próprios fumantes: *“Conheço alguém que fumou desde os 12 anos, hoje tem 90 e está bem”* (utilizando um caso excepcional para confirmar a ideia que lhe convém, em detrimento de inúmeras pesquisas sérias que comprovam ser essa circunstância rara e que a grande maioria dos fumantes morre mal e prematuramente em razão do tabaco); *“fumo porque quero, paro quando quiser”* (desconsiderando o caráter de vício do tabagismo e o fato de que a suposta “escolha” que ele faz cotidianamente está longe de representar exercício de livre arbítrio); *“quero parar de fumar, mas, só hoje, estou estressado, vou acender mais um cigarro”* (comprovando a necessidade humana de satisfações instantâneas, em detrimento de maiores recompensas futuras); entre tantos outros exemplos possíveis. Isso tudo sem levar em consideração o fato de que o início do consumo de cigarro pela grande maioria dos fumantes ocorre antes dos 18 anos, época em que o próprio Direito Civil reconhece não ser a pessoa humana apta à tomada de decisões por

si própria, não a considerando ainda civilmente capaz.

Toda essa construção da EC demonstra clara e cientificamente (ao contrário do que se costuma fazer em Direito, as conclusões em Psicologia e Economia costumam ser testadas e comprovadas empiricamente antes de se concluir por algo) que o tabagismo está longe de ser expressão de liberdade do indivíduo, de livre escolha, de autonomia da vontade. Disciplinar seu exercício com vistas a dissuadir essa espécie de consumo é exercício legítimo de um poder estatal de proteção à saúde e do consumidor.

3. O fumante precisa ser protegido de si mesmo

Estudos jurídicos que ensaiam posições entre restrições e flexibilizações da intervenção do Estado na circulação e publicidade de produtos derivados de tabaco têm adotado como recurso metodológico básico a revisão bibliográfica sobre a qual são contrastadas posições teóricas e apresentados postulados exclusivamente dogmáticos. Abordagens micro e multidisciplinares sobre as percepções do indivíduo que fuma e da dinâmica mais concreta do comportamento humano revelam que não há tanta precisão em afirmar, genericamente, que o livre-arbítrio é um direito que, em matéria de opção pelo fumo, deve ser exercido com mínima intervenção do Estado.

Exemplo de pesquisa contundente sobre a satisfação dos fumantes com o próprio fumo revelou a percepção acentuada de insatisfação ou arrependimento quanto à escolha inicial que torna alguém fumante. As abordagens da Economia Comportamental trazem fortes sinais de que são insuficientes os modelos teóricos que propõem o exercício das liberdades em relação à opção pelo fumo sem as devidas restrições legais e,

¹⁶ Sugere-se, a respeito, entre outros, a leitura de: JOLLS, Christine, SUSTEIN, Cass R. e THALER, Richard H. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. Stanford Law Review, 1998, vol. 50, pages 1471-1550; KOROBKIN, Russell B. and ULEN, Thomas S. *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*. California Law Review, Vol. 88, n. 4, 2000, pages 1051-1144.; THALER, Richard H. *From homo economicus to homo sapiens*. Journal of Economic Perspectives. Volume 14, Number 1—Winter 2000—Pages 133-141.

porque não, autorizam revisão sobre a tese até então prevalecente nos Tribunais brasileiros de ausência de responsabilidade civil do fornecedor.

É de se destacar que, de todas as formas de vulnerabilidade já constatadas e reconhecidas pelo Direito do Consumidor, e que igualmente apresentaram resistências em suas fases iniciais de reconhecimento pelo Direito, o tabagismo possui uma particularidade que lhe agrava a situação. É que, enquanto o consumidor, o endividado, o aderente em um contrato de massa anseia pela sua tutela pelo Estado, o fumante a rejeita, por entendê-la excessiva. Entretanto, esse mesmo fumante, se consultado, informa que iniciou-se no consumo ainda em fase em que era incapaz civilmente (menos de 18 anos de idade) ou que preferiria não ter iniciado o consumo do tabaco (arrependimento quanto ao primeiro ato de consumo).

Perdem sentido, com as contribuições da EC, essas generalizações de construtos jurídicos em torno da defesa da liberdade absoluta ou pelo menos plena de consciência do fumante, despida de vedações legais ou da responsabilização do fornecedor. De outro lado, no plano constitucional, se a sinalização (ou simbologia) do próprio fumante (averiguado enquanto indivíduo) revelou que sua preferência – após ter optado pelo fumo – era de não ter começado, externando aí a desejabilidade de preservação da vida e da saúde, fica cada vez menos recomendável ou até mesmo impossível deixar de proteger o fumante dele mesmo, isto é, contra as intervenções subliminares e quase imperceptíveis que o mercado organiza com cada vez mais frequência e sutileza para capitanear indivíduos que são tudo, menos impassíveis de influência ou induzimento.

A defesa generalizante do consumo, circulação e publicidade do tabaco em nome do direito de liberdade pode ser afirmada no plano argumentativo. Entretanto, estudos assentados, testados e premiados em Economia Comportamental, contudo, demonstram claramente o desacerto dessa opção.

Referências Bibliográficas

ASHRAF, CAMERER and LOWENSTEIN. Adam Smith, **Behavioral Economist**. Journal of Economic Perspectives—Volume 19, Number 3—Summer 2005—Pages 0001-0015.

BAUMANN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**; Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BERGAMINI, Cecília Whitaker. **Psicologia aplicada à administração de empresas: psicologia do comportamento organizacional**. São Paulo: Atlas, p. 83, 2014.

BEST, Steven. KELNER, Douglas. **Postmodern theory: critical interrogations**. Nova York: Guilford Press, pp. 4-9, 1991.

Beviláqua, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1980, p.48.

COSSIO, Carlos. **El derecho em el derecho judicial: las lagunas del derecho La valorización judicial**. Buenos Aires: El Foro, p. 230, 2002.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **A liberdade de fumar: sobre a liberdade de fumar e o direito à saúde na Constituição e na lei. Direito Constitucional. Liberdade de fumar. Privacidade. Estado. Direitos Humanos e outros temas**. Barueri: Manole, 2007, pp. 194-218.

FOCAULT, Michael. **A arqueologia do saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

JOLLS, Christine, SUSTEIN, Cass R. e THALER, Richard H. **A Behavioral Approach to Law and Economics**. Stanford Law Review, 1998, vol. 50, pages 1471-1550.

KAHNEMAN, Daniel. **Maps of bounded rationality: a perspective on intuitive judgment and choice**. Princeton University, 2002, pp. 449-489.

KOROBKIN, Russell B. and ULEN, Thomas S. **Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics**. California Law Review, Vol. 88, n. 4, 2000, pages 1051-1144.

NETO, A. L. Machado. **Sociologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 31.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, p. 42, 1994.

STJ. www.stj.jus.br

<<http://www.itcproject.org/files/ITC_BrazilNR-POR-Aug2-v18-web.pdf>>, acessado em 28/05/2014.

THALER, Richard H. **From homo economicus to homo sapiens**. Journal of Economic Perspectives. Volume 14, Number 1—Winter 2000—Pages 133–141.

Fortaleciendo el *control de tabaco* en América Latina mediante el uso de los *derechos humanos*¹

¹ Este artículo está basado en las siguientes publicaciones anteriores, con algunas actualizaciones sobre nuevos litigios y legislación en la región: O. Cabrera y A. Madrazo, "Human Rights as a Tool for Tobacco Control in Latin America," *Salud Pública de México*, 52, Supp. 2 (2010): S288-97 y O. Cabrera y J. Carballo, "Tobacco Control Litigation: Broader Impacts on Health Rights Adjudication", *Global Health and the Law*, 2013.

Sumário

Resumen, Introducción, 1. El Derecho a la Salud, 2. El CMCT como instrumento de derechos humanos, 3. Litigios en América Latina en materia de control de tabaco, Conclusión

Palavra- chave

control de tabaco, derecho a la salud, derechos humanos, América Latina, tabaquismo, Convenio Marco para el Control de Tabaco, litigio estratégico

Fernanda Alonso

Abogada, LL.M. por Georgetown Law, trabaja como asistente de investigación en el O'Neill Institute for National and Global Health Law.

Oscar A. Cabrera

Abogado, LL.M., es el Director Ejecutivo del O'Neill Institute for National and Global Health Law y Profesor Vistante de derecho en Georgetown Law.



Resumen

Actualmente, América Latina se encuentra en un punto crítico en su política de control de tabaco. El litigio y los argumentos de derechos humanos –en especial argumentos relacionados con el derecho a la salud– han tenido un importante rol en el establecimiento y aplicación de políticas públicas de control de tabaco. En muchos de los países de la región, el derecho a la salud se encuentra explícitamente consagrado a nivel constitucional. Adicionalmente, la incorporación de tratados regionales e internacionales de derechos humanos en el ordenamiento interno provee otra vía para la interpretación de obligaciones de los Estados relacionadas con el derecho a la salud. En América Latina se está recurriendo a los instrumentos de derechos humanos en el derecho internacional como herramienta para avanzar el control de tabaco—tanto a la hora de crear legislación como a la hora de argumentar en litigios—. Existen varios casos donde la conexión entre el derecho a la salud y las políticas de control de tabaco ha sido argumentada en las cortes. Hoy en día, el derecho a la salud, consagrado en el derecho internacional, impone a los Estados obligaciones de respetar, proteger y cumplir, que dentro del control de tabaco puede implicar la obligación de implementar un gran número de medidas. Por otra parte, la inacción y la falta de regulación en material de control de tabaco podría implicar una violación a obligaciones de derechos humanos. En este sentido, el Convenio Marco para el Control de Tabaco (CMCT) ha sido reconocido por varios países en la región ya bien como un tratado internacional que elabora en el contenido de obligaciones de derechos humanos, o directamente como un tratado de derechos humanos. Aunque no sea reconocido como un tratado de derechos humanos, el CMCT sigue funcionando como el estándar mínimo para medir que se esté adecuadamente protegiendo la salud

pública y por ende cumpliendo con las obligaciones de derechos humanos. Finalmente, también ha sido a través del litigio donde se han usado argumentos de derechos humanos—tanto en los litigios defensivos donde se busca proteger normativa de control de tabaco contra los ataques de sectores que se oponen a dicha normativa; como en los litigios ofensivos donde se demanda directamente al Estado para que cumpla con el deber de proteger a sus ciudadanos. En América Latina la conexión entre el control de tabaco y los derechos humanos –especialmente, el derecho a la salud– ha cobrado mucha importancia.

Introducción

Actualmente en América Latina hay más de 120 millones de fumadores, de los cuales más de la mitad se morirán de una enfermedad relacionada con el tabaco.¹ La región ha sido clasificada en la Etapa 2 de la epidemia del tabaquismo; esto significa un aumento en la prevalencia del consumo de tabaco entre los hombres y un rápido aumento de la prevalencia de tabaquismo entre las mujeres, mientras que la tasa de mortalidad atribuible al tabaco entre los hombres todavía no ha alcanzado su punto máximo.²

Sin embargo, aunque América Latina se encuentre con esta problemática, también es cierto que la región ha sido pionera en políticas de control de tabaco. Como parte de la estrategia para afrontar esta epidemia, los 23 países de la región³ han adoptado políticas de control importantes. En parte, la adopción de dichas políticas se da como consecuencia de las obligaciones de derecho internacional y en materia de derechos humanos. A finales de 2013, 18 de los 21 países⁴ habían ratificado el Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT) de la OMS⁵, lo cual ha incentivado la adopción de la legislación interna a nivel nacional, local y municipal.

Debido a que América Latina es a la vez un punto crítico en el desarrollo de la epidemia de tabaquismo y también se encuentra en un momento crucial en su esfuerzo por establecer y aplicar políticas, la región se ha convertido en un campo de batalla clave, tanto para el movimiento de control del tabaco como para la industria tabacalera y sus aliados. Gran parte de esta lucha para el movimiento de control de tabaco se ha llevado a través de litigios y del uso de los argumentos de derechos humanos—en particular el derecho a la salud; muchos de los litigios sobre el control del tabaco hoy en día provienen de América Latina.

La oportunidad de usar el derecho a la salud como argumento por parte del movimiento de políticas de control de tabaco es particularmente fuerte en los países que han consagrado explícitamente el derecho a la salud en sus constituciones y legislaciones nacionales, o han incorporado los tratados regionales e internacionales, reconociendo el derecho a la salud en su derecho nacional. Sin embargo, incluso en los países que carecen de un reconocimiento explícito del derecho a la salud, el litigio puede tener éxito, ya sea por inferencia a través de otros derechos (como el derecho a la vida) o recurriendo a los instrumentos de derechos humanos en el derecho internacional.⁶

En el caso de América Latina, los derechos humanos han sido particularmente relevantes para avanzar el control de tabaco, por tres motivos principales⁷. En primer lugar, las normas de derechos humanos tienen un papel destacado en los discursos políticos y de políticas de América Latina. Una vez que un tema social relevante adquiere la condición de derecho humano, tiene una consideración especial, proporcionando un impulso para el desarrollo de políticas públicas. Este ha sido el caso de las políticas de control del tabaco. En países como Uruguay, una conexión entre

el control del tabaco y el derecho fundamental a la salud (y el cumplimiento de ese derecho mediante la implementación del CMCT) ha sido clara. Esto ha tenido un papel preponderante en los debates legislativos, así como en litigios, donde la conexión entre el derecho a la salud y las políticas de control del tabaco se ha argumentado en varias ocasiones en los tribunales uruguayos.⁸ La aplicación de políticas de control del tabaco en Uruguay no es considerada una prerrogativa del gobierno, sino una obligación del Estado basada en el cumplimiento de derechos fundamentales. Cabe destacar que Uruguay tiene una de las leyes más fuertes y más eficaces de control del tabaco en el mundo hoy en día.

En segundo lugar, la mayoría de los países de América Latina pertenecen al derecho civil. A diferencia de la tradición del common law, los sistemas jurídicos de América Latina tienen una tradición más sólida de control de acción del Estado a través del litigio de los derechos fundamentales. El recurso de amparo (tutela en Colombia)—un procedimiento diseñado para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos de la acción del Estado—está muy presente y se ha vuelto de uso común en la región. Aunque todavía hay desafíos, los litigios basados en el discurso de los derechos humanos y derechos fundamentales han resultado los más exitosos en América Latina.

Finalmente, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha jugado un papel fundamental en la incorporación del discurso de derechos humanos en la región. Este sistema regional ofrece otra vía para exigir la rendición de cuentas por parte de los Estados responsables de violaciones de derechos humanos. Aunque su relevancia para adjudicar las reclamaciones relacionadas con la salud puede ser limitada.⁹

En el caso del control de tabaco, el derecho a la salud es el derecho fundamental que más se ha utilizado para avanzar la protección a la salud pública. Este derecho debe desempeñar un papel central en cualquier estrategia que despliega los derechos humanos en la promoción del control del tabaco.

1. El Derecho a la Salud

El derecho a la salud es definido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), como "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental".¹⁰ Para aclarar y hacer efectivas estas medidas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que supervisa el cumplimiento del PIDESC, adoptó en 2000 una Observación general sobre el derecho a la salud.¹¹ Según la Observación general, el derecho a la salud abarca cuatro elementos¹²:

1. Disponibilidad. Se deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas de salud.

2. Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: no discriminación; accesibilidad física; accesibilidad económica (asequibilidad); acceso a la información.

3. Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida.

4. Calidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.

Adicionalmente, a la par de todos los demás derechos humanos, el derecho a la salud impone a los Estados Partes tres tipos de obligaciones¹³:

1. Respetar. Significa simplemente no ingerir en el disfrute del derecho a la salud ("no perjudicar").

2. Proteger. Significa adoptar medidas para impedir que terceros (actores no estatales) interfieran en el disfrute del derecho a la salud (por ejemplo, regulando la actividad de los actores no estatales).

3. Cumplir. Significa adoptar medidas positivas para dar plena efectividad al derecho a la salud (por ejemplo, adoptando leyes, políticas o medidas presupuestarias apropiadas).

Hay una conexión clara entre el control del tabaco y los derechos humanos. Esta conexión se manifiesta de varias formas. Por ejemplo, las medidas para reducir el control del tabaco pueden llevar a mayores niveles de salud a nivel individual y de población. Por el contrario, la falta de regulación del tabaco (por ejemplo, la regulación del consumo, la distribución, la venta y la publicidad de los productos del tabaco) podría dar lugar a una violación de las obligaciones de derechos humanos de los Estados (por ejemplo, el derecho a la salud o el derecho a la información).

En cuanto a obligaciones específicas, respetar significa que, por ejemplo, los estados tienen prohibido la promoción, la publicidad o el patrocinio de la utilización de productos de tabaco. En cuanto a la obligación de proteger, los gobiernos tienen la obligación legal de regular la industria del tabaco para garantizar que un menor número de individuos estén sujetos a las consecuencias negativas para la salud de los productos de tabaco. Claros ejemplos de medidas orientadas a la realización de esta obligación son las prohibiciones de fumar en lugares públicos, que protegen la salud de los no fumadores; y las prohibiciones de la publicidad y promoción de productos de tabaco, que protegen a los consumidores actuales o potenciales de la publicidad del tabaco que es probable que aumente la propagación de la epidemia. Por último, la obligación de cumplir implica que el Estado debe garantizar el derecho a la salud mediante la aplicación de todas las medidas pertinentes, la legislación, la regulación y la asignación presupuestaria que será propicio para la regulación eficaz de control del tabaco.¹⁴

Estas obligaciones se ven reflejadas también en la legislación a nivel nacional. En los distintos países de América Latina los derechos fundamentales son expectativas legítimas derivadas de una norma jurídica que una persona tiene frente la autoridad para que ésta se abstenga de realizar alguna conducta que le afectare negativamente, o bien para que realice cierta conducta que le beneficie.¹⁵ Un derecho fundamental implica una obligación a cargo del Estado de hacer o de abstenerse de hacer algo. Por ejemplo, el Estado mexicano reconoce que la provisión de servicios de salud no agota el derecho a la salud; el respeto de la salud¹⁶, la protección de las amenazas a la salud por parte de terceros¹⁷ y el fomento de la salud a través de la educación y la información¹⁸, por ejemplo, son

conductas que el Estado ha desplegado desde distintas instancias. Específicamente, a raíz de la reforma constitucional de 2011, el sistema constitucional mexicano debe ser interpretado partiendo de esta forma de entender los derechos fundamentales. Al texto del artículo primero, en su párrafo tercero, se incorporó explícitamente la distinción entre los distintos niveles de obligación a cargo del Estado que derivan de los derechos fundamentales:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de **promover, respetar, proteger y garantizar** los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.¹⁹

Estas normas a nivel nacional ayudan a fortalecer la protección a los individuos y a la población, asegurando que se lleven a cabo el mayor número de medidas de control de tabaco.

Aparte de estas obligaciones, existe una herramienta adicional: la utilización de reportes sombra presentados ante los órganos de monitoreo creados en virtud de tratados internacionales de derechos adicionales. Los reportes sombra pueden fortalecer los esfuerzos de control de tabaco a través de la presión internacional sobre los gobiernos estatales para implementar medidas de control de tabaco significativas y el fortalecimiento entre el CMCT y las obligaciones de derechos humanos.²⁰ Estos reportes—que deben identificar los artículos específicos de los tratados que son aplicables al control de tabaco y efectuar recomendaciones concretas en cuanto a su cumplimiento utilizando el CMCT—deben incluir información relevante sobre los esfuerzos realizados

para cumplir con las obligaciones de los tratados; constituyen herramientas utilizadas por activistas y organizaciones de la sociedad civil para complementar, o presentar información alternativa a los informes que los Estados deben presentar. En el contexto del control de tabaco, los reportes sombra buscan promover la implementación completa y efectiva del CMCT y sus directrices. Incluso en el caso de que el país bajo revisión no haya firmado el CMCT, enmarcar el reporte en términos del cumplimiento con el CMCT es también una estrategia. Un ejemplo se dio con la presentación de un reporte de Argentina frente al Comité de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW). En este caso, el Comité instauró en sus Observaciones Finales, a que el país "ratifique y aplique el CMCT" así como a que "promulgue legislación que prohíba fumar en espacios públicos y restrinja la publicidad del tabaco."²¹

Otro ejemplo del uso de reportes sombra se dio en Brasil, donde un grupo de ONGs y organizaciones presentaron un reporte para acompañar el reporte periódico de Brasil ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC). Este reporte argumentó que la política de Brasil de permitir el establecimiento de áreas para fumar en lugares cerrados de acceso público, y de permitir la publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco violaba sus obligaciones de respetar, proteger, y cumplir con el derecho a la salud bajo el Artículo 12 del PIDESC. El Comité recomendó "que el Estado parte adopte medidas para prohibir la promoción de los productos de tabaco y apruebe legislación para garantizar que todos los espacios públicos cerrados estén completamente libres de tabaco."²²

2. El CMCT como instrumento de derechos humanos

Independientemente de si los Estados han ratificado el CMCT, éste instrumento sirve como una norma jurídica para la interpretación de las obligaciones que se derivan del derecho a la salud con respecto a la epidemia de tabaquismo. Por otra parte, los órganos judiciales han ido tan lejos como para declarar el CMCT un tratado de derechos humanos, en lugar de limitarlo como un tratado de derecho de la salud relacionado con el control del tabaco. En un caso reciente ante el Tribunal Constitucional del Perú, donde se defendía la constitucionalidad de una ley de control del tabaco, el Tribunal sostuvo que el CMCT crea obligaciones de derechos humanos. En concreto, el Tribunal Constitucional de Perú declaró que el CMCT es un tratado de derechos humanos porque "busca proteger de manera clara, expresa y directa el derecho fundamental a la protección de la salud"²³ El Tribunal declaró además que el "CMCT es un tratado de derechos humanos, ya que si bien no reconoce el derecho a la protección de la salud como un "nuevo derecho" ... obliga a los Estados de manera clara y directa a tomar medidas que contribuyan a la optimización de su efectividad." Del mismo modo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Corte también ha declarado recientemente que el CMCT es un tratado de derechos humanos.

Otro ejemplo del CMCT como tratado de derechos humanos se encuentra en México. El 10 de junio de 2011, se publicó una reforma que reconoce la progresividad de los derechos humanos mediante el principio pro persona para brindar una mayor protección constitucional a la población. El efecto principal de esta reforma es otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales que protegen los derechos

humanos, incluyendo el derecho a la salud. El artículo 1º constitucional fue reformado para quedar como sigue:

“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos...”²⁴

Adicionalmente, en el mismo sentido de otorgar una mayor protección constitucional, en los artículos 102 y 105 se estableció la facultad de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) para ejercitar acciones de inconstitucionalidad contra leyes locales y federales que vulneren derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por México. En seguimiento a la reforma, la Suprema Corte mexicana estableció una lista de los tratados internacionales (en los que participa) que ha ratificado el Estado mexicano en los que se reconocen derechos humanos, e incluyó al CMCT dentro de esta lista.²⁵

Si los Estados establezcan el CMCT como tratado de derechos humanos o si simplemente lo dejan como un

tratado sobre el derecho de la salud, la realidad es que se tiene implicaciones importantes en el discurso de derechos humanos. Al ratificar el CMCT, los Estados reconocen que la epidemia de tabaquismo es una amenaza importante para la salud pública y que el CMCT es el estándar mínimo para proteger la salud pública. Esto obliga a los Estados a desarrollar leyes y políticas a nivel nacional que cumplen con estos estándares mínimos internacionales, y al hacerlo, los Estados protegen el derecho a la salud. Como tratado internacional, el Convenio Marco puede ser, y ha sido utilizado como un estándar para medir si los Estados cumplen con sus obligaciones en virtud del derecho internacional de los derechos humanos en relación con el derecho a la salud. El CMCT ayuda a informar el contenido específico de un Estado de obligaciones con respecto al derecho a la salud. En resumen, si un Estado no implementa las medidas mínimas de control del tabaco descritas en el CMCT, podría encontrarse en violación de sus obligaciones en virtud del derecho a la salud, con independencia de que, en el caso específico de cada Estado, el derecho a la salud se encuentre dentro del derecho constitucional interno. Esto ha sido comprobado a través de distintos litigios en la región.

3. Litigios en América Latina en materia de control de tabaco

En materia de control de tabaco podemos identificar dos tipos de litigios: litigios ‘defensivos’ y litigios a la ‘ofensiva’. En los litigios defensivos, el gobierno o un grupo de individuos está buscando proteger normativa de control del tabaco contra los ataques de la industria. Litigios a la ofensiva incluyen demandas contra el Estado por no cumplir con el deber de proteger a sus ciudadanos. En otras palabras, este tipo de casos son

donde las personas argumentan que no se cumplen las normas mínimas para la protección del derecho a la salud.²⁶

Un ejemplo de litigio defensivo se dio en Costa Rica, en un caso de Consulta Legislativa ante la Sala Constitucional de la Suprema Corte, donde parte de la asamblea legislativa alegó ante el Tribunal Supremo que las restricciones en materia de publicidad, promoción y patrocinio; medidas de precios e impuestos; medidas para la creación de espacios libres de humo; contenidos y medidas de divulgación; comercio ilícito; y otras medidas eran desproporcionadas y poco razonables. La Corte declaró la ley constitucional y explicó que el país tiene el poder de poner restricciones efectivas de control de tabaco, todo ello con el objetivo de proteger el derecho a la salud.²⁷

Otro ejemplo se encuentra en Guatemala donde la Corte de Constitucionalidad de Guatemala emitió su decisión en un caso presentado por la Cámara de Comercio en contra de la Ley de Creación de los Ambientes Libres de Humo de Tabaco. Los argumentos planteados por la Cámara de Comercio estaban relacionados con el derecho a la libertad económica. El Tribunal Constitucional confirmó la ley y basó su decisión, en parte, en las obligaciones del gobierno de Guatemala de proteger el derecho a la salud y el derecho a la vida.²⁸ El Tribunal basó esta decisión tanto de su derecho constitucional, así como en los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el gobierno de Guatemala, como el ICESCR. Esta decisión constituye otro ejemplo de la necesidad de vincular los argumentos de control del tabaco con las normas de derechos humanos para avanzar las políticas de control del tabaco.

En el caso peruano 5000 Ciudadanos v El artículo 3 de la

Ley n° 28.705, cinco mil ciudadanos peruanos trajeron un recurso directo ante el Tribunal Constitucional para impugnar la constitucionalidad de un artículo de la ley de control del tabaco, que prohíbe totalmente fumar en determinados lugares públicos, incluidas las zonas al aire libre de las instalaciones educativas.²⁹ Argumentaron que estos límites vulneran el derecho a la autonomía personal, el derecho al comercio, y el derecho a la libertad económica, y que se debe permitir fumar en áreas al aire libre de las instituciones de educación superior para adultos y en zonas especiales para fumadores. El Tribunal desestimó la demanda de los demandantes y confirmó la constitucionalidad de la ley. El Tribunal sostuvo que la ley era estrictamente proporcional, colocando el derecho a la salud por encima de los derechos vulnerados alegados, y que la prohibición de fumar era el medio idóneo para cumplir con las disposiciones del CMCT que requieren protección contra la exposición al humo de tabaco.

Un caso directo de litigio ofensivo es el caso mexicano, el amparo Balderas Woolrich³⁰. Este amparo implicó un desafío a la norma federal, la Ley General para el Control de Tabaco (LGCT) sobre la base de que no protege suficientemente el derecho constitucional a la salud al no cumplir con el nivel mínimo de protección reconocida por el gobierno mexicano al ratificar el CMCT. El demandante era un fumador social, quien argumentó que partes de la LGCT—específicamente aquellas que autorizan ciertos tipos de publicidad y que permiten fumar en algunas zonas interiores—y las modificaciones correspondientes a la Ley General de Salud, que desregularon el contenido de la publicidad del tabaco, en realidad ocasionaron una disminución en la protección del derecho constitucional a la salud frente a la epidemia de tabaquismo. La Suprema Corte dictaminó que el caso estaba justificado por motivos de derecho a la

salud, pero se negó a pronunciarse sobre el fondo del caso, debido a que el caso fue desestimado por razones de procedimiento.³¹ Sin embargo, fungió como un precedente al establecer que la legislación de control del tabaco es materia de derecho a la salud, que se reflejaría más tarde en la decisión de la Corte de incluir el CMCT en la lista de los instrumentos de derechos humanos que iban a vincularse con la reforma constitucional en 2010.

Conclusión

En América Latina se observa que existe una conexión definitiva entre el control de tabaco y los derechos humanos, conexión que se ha manifestado principalmente en los distintos países a través de argumentos relacionados con el derecho a la salud. Este derecho, tanto a nivel doméstico/constitucional como a nivel de derecho internacional, en conjunto con el litigio ha sido particularmente relevante para avanzar el control de tabaco. A medida que se avanza en control de tabaco, se debe a la vez seguir fortaleciendo los argumentos de derechos humanos. Dado el rol que juegan los derechos humanos en América Latina, existen grandes beneficios de usar la argumentación de derechos humanos para avanzar políticas públicas, y el uso del litigio basado en la protección de derechos fundamentales podría jugar un papel importante.

(Endnotes)

1 F. Muller y L. Wehbe, **"Smoking and Smoking Cessation in Latin America: A Review of the Current Situation and Available Treatments,"** *International Journal of Chronic Obstructive Pulmonary Disease* 3, no. 2 (2008): 285-93, 285.

2 **Tobacco Industry Strategy in Latin American**

Courts: A Litigation Guide' (O'Neill Institute for National and Global Health Law, February 2012) 12.

3 Aunque hay distintas opiniones sobre que constituye América Latina para fines prácticos en este artículo se usará la siguiente lista: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela.

4 Sólo Argentina, Cuba y El Salvador no han ratificado el CMCT. **World Health Organization, Parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control (2013) Framework Convention on Tobacco Control** <http://www.who.int/fctc/signatories_parties/en/>.

5 Se abrió para firma el 16 de junio de 2003, 2302 UNTS 166 (entró en vigor el 27 de febrero de 2005).

6 S. Gloppen, **"Litigation as a Strategy to Hold Governments Accountable for Implementing the Right to Health,"** *Health and Human Rights* 10, no. 2 (2008): 21-36, at 22.

7 El siguiente párrafo se parafraseo de la siguiente publicación: O. Cabrera y A. Madrazo, **"Human Rights as a Tool for Tobacco Control in Latin America,"** *Salud Pública de México*, 52, Supp. 2 (2010): S288-97.

8 Ibid.

9 Para más sobre este tema ver el artículo de James Cavallaro y Emily Schaffer **"Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas"** (*Hastings Law Journal*, Vol. 56, No. 2, 2004) y la contención de Tara J. Melish, **"Rethinking the 'Less is More' Thesis:**

Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas" (New York University Journal of International Law and Politics (JILP), Vol. 39, 2006)

10 **Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, artículo 12.

11 Ver, **Naciones Unidas, Econ. & Soc. Council ECOSOC, Committee on Economic, Social and Cultural Rights**, General Comment No. 14 (2000), The Right to the Highest Attainable Standard of Health, 33, U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (Aug. 11, 2000) General Comment 14.

12 **Organización Mundial de la Salud, Derecho a la salud**, Nota descriptiva No. 323, 2013.

13 O. Cabrera y A. Madrazo, "**Human Rights as a Tool for Tobacco Control in Latin America**," Salud Pública de México, 52, Supp. 2 (2010): S288-97.

14 O. Cabrera y J. Carballo, "**Tobacco Control Litigation: Broader Impacts on Health Rights Adjudication**", Global Health and the Law, 2013.

15 **Para una definición técnica de los derechos fundamentales ver Ferrajoli, Luigi, Derechos y garantías**. La ley del más débil, Editorial Trotta, 2ª ed., 2001, pp. 37 a 41.

16 Como abstención, se podrían señalar infinitas instancias en que el Estado "respetar" la salud de las personas, por lo que no se ofrecen ejemplos concretos aquí.

17 Por ejemplo, en México, **la Ley para la Protección de los No Fumadores en el Distrito Federal**, en su artículo 10, protege a los no fumadores

de la afectación a la salud derivada del consumo de tabaco de segunda mano, al prohibir fumar en espacios públicos cerrados, entre otros.

18 Por ejemplo, en México, **la Ley General para el Control del Tabaco**, en sus artículos 18 y 19 obligan a los productores de tabaco -sustancia para la que no existen niveles de consumo seguro- a advertir sobre el contenido del producto y los efectos de su consumo, por medios eficaces como los pictogramas, informando así al consumidor y, a través de la información, fomentando el cese del consumo de la sustancia.

19 A. Madrazo y F. Alonso, **El derecho a la salud en el sistema constitucional mexicano**, Documento de trabajo, División de Estudios Jurídicos, CIDE, México DF, 2012.

20 **Guía para la elaboración y presentación de reports sombra sobre Tabaco ante organismos de derechos humanos de las Naciones Unidas**, O'Neill Institute for National and Global Health y la Fundación InterAmericana del Corazón-Argentina, 2012.

21 **Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer**, Argentina, UN Doc. CEDAW/C/ARG/CO/6 (2010), p. 39-40.

22 **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, Observaciones Finales, 42do Período de Sesiones, 4 a 22 de mayo 2009, UN Doc E/C. 12/BRA/CO/2 (12 de junio de 2009)

23 O. Cabrera y J. Carballo, supra note 13.

24 A. Madrazo y F. Alonso, supra note 18.

25 Idem.

- 26 O. Cabrera y J. Carballo, *supra* note 13.
- 27 **Costa Rica, Consulta Legislativa, Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia**, No 2012-003918 (2012).
- 28 **Queja ante la Cámara de Comercio de Guatemala, Expediente 2158-2009**, Corte de Constitucionalidad, República de Guatemala, (2009).
- 29 Peru, **5000 Citizens v Article 3 of Law No 28705, Tribunal Constitucional del Perú** (19 de Julio, 2011).
- 30 **México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 315/2010**, 29 de marzo, 2011.
- 31 A. Madrazo y F. Alonso, *supra* note 18.

Proposta

A Revista Científica Virtual é uma publicação da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos advogados do Brasil, Seção de São Paulo.

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção São Paulo tem como missão estimular pesquisas independentes sobre temas jurídicos relevantes para a Advocacia, objetivando um melhor aperfeiçoamento de nossos docentes e discentes e também a produção científica nacional.

Escopo

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados de São Paulo é um periódico voltado à publicação de artigos científicos inéditos, resultantes de pesquisa e estudos independentes sobre os mais diversos temas de todas as áreas do direito.

Público Alvo

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo é voltada para os docentes e discentes da Escola e todos os demais operadores do direito das diversas carreiras jurídicas, tais como professores, estudantes, pesquisadores, advogados, magistrados, promotores e procuradores.

Trata-se de um público abrangente, mas que compartilha a busca constante por aprofundamento e atualização.

Normas de Submissão

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo recebe artigos jurídicos inéditos do Corpo docente e discente da Escola, de todas as áreas do direito.

Avaliação

Os artigos recebidos pela Revista são submetidos ao crivos da ESA para avaliação da adequação à linha editorial da Revista e às exigências para submissão. Aprovados nesta primeira etapa, os artigos são encaminhados para análise por especialistas nas respectivas áreas temáticas. A decisão final quanto a publicação é do Conselho Editorial.

Direito autorais

Ao submeterem textos à Revista, os autores declararam serem titulares dos direitos autorais, respondendo exclusivamente por quaisquer reclamações relacionadas a tais direitos. Os autores autorizam a Revista, sem ônus, a publicar os referidos textos em qualquer meio, sem limitações quanto ao prazo, ao número de exemplares, ao território ou qualquer outra. A Revista fica também autorizada a adequar os textos a seus formatos de publicação e a modificá-los para garantir o respeito à norma culta da língua portuguesa.

Meio e periodicidade

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo será publicada com a periodicidade trimestral, exclusivamente em meio eletrônico - pelo sítio virtual www.esaoabsp.edu.br, com acesso público e gratuito.

Responsabilidade Editorial

A Responsabilidade editorial é exercida em conjunto pela Diretoria e Coordenação Geral da Escola Superior de Advocacia e pelo Conselho Editorial.

Responsabilidade Científica

O conteúdo dos artigos publicados na Revista, inclusive quanto à sua veracidade, exatidão e atualização das informações e métodos de pesquisa - é de responsabilidade exclusiva do (s) autor (es). As opiniões e conclusões expressas não representam posições da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo ou da Diretoria da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP.



Fale Conosco

Para encaminhar dúvidas, comentários e sugestões, por favor envie um e-mail para o endereço eletrônico da Revista: revista@esa.oabsp.org.br

Revista



Largo da Pólvora, 141 , Sobreloja - Liberdade
(11) 3346 6800 / revista@esa.oabsp.org.br

www.esaoabsp.edu.br



@esaoabsp



EscolaSuperiordeAdvocaciaOABSP



Escola Superior de Advocacia OABSP