



RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EMPRESAS TABAGISTAS POR DANOS AO NASCITURO

Célia Cristina Nunes Prado¹, Sharolene Gabriely Rigolin¹, Carlos Alexandre Moraes²

RESUMO: A abordagem desse estudo se dá sob o enfoque da responsabilidade civil das empresas tabagistas por danos causados aos nascituros e nas consequências ocasionadas pelo consumo do tabaco pelos pais do nascituro, em especial pela mãe; para tanto, buscar-se-á fundamentação nos ensinamentos doutrinários e nas decisões das lides judiciais brasileiras. Inicialmente será realizada uma abordagem histórica do direito e da responsabilidade civil, em um estudo pautado tanto no Código Civil como no Código de Defesa do Consumidor, analisando, inclusive, os casos de exclusão de responsabilidade. Concomitantemente, serão abordados os direitos da personalidade numa perspectiva constitucional. Para um melhor entendimento do assunto haverá capítulos destinados ao estudo dos danos (materiais e morais) e do dever de repará-los; a função da indenização, os parâmetros para aferir a dor e os reflexos sociais destes fatos. Também haverá um esboço sobre o desenvolvimento do tabagismo, sendo apresentados conceitos básicos, passando para o seu surgimento e sua rápida proliferação pelo mundo, seus componentes e a ação biopatológica dos componentes do fumo no tabaco. Nesse artigo serão analisadas questões de ordem processual concernentes à indicação do nascituro como consumidor (fumante passivo); o que deve ser provado e, também, à postura dos tribunais brasileiros. O estudo é pautado sobre a teoria concepcionista, que observa o nascituro como sujeito de direito, de modo que, mesmo antes de nascer tem seus direitos protegidos e tutelados pelo Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Tabagismo; saúde; nascituro.

1 INTRODUÇÃO

Pode-se conceituar o direito como, conjunto de normas de condutas que regem a sociedade, que nasce do poder competente e traz com ele uma punição, para quem não o respeita. O legislador estabeleceu de forma indireta normas de proteção ao nascituro, todavia, apesar do regimento normativo, isso não se confirma na prática. Embora se observe, pela descrição do art. 2.º do Código Civil: "A personalidade jurídica da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro," se o nascituro não é considerado sujeito de direito, teriam as empresas fabricantes de cigarro responsabilidades pelos problemas de saúde causados ainda na gestação, em razão do consumo de cigarros? Algumas decisões judiciais outorgam direitos ao nascituro, contrariando a própria disposição legal, protegendo assim, os bens

¹ Acadêmicos do Curso de Direito do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR), Maringá – Paraná. Programa de Iniciação Científica do Cesumar (PROBIC). ccn.prado@hotmail.com; sharolenerigolin@hotmail.com.

²Orientador, Professor Doutor do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR), Maringá – Paraná. camoraes.adv@hotmail.com.



jurídicos do mesmo. O legislador tutela a vida do feto, incriminando o aborto, sendo assim, quem seriam os responsáveis pelos danos causados a saúde do feto? Afinal, o nascituro tem ou não proteção jurídica? São ou não são sujeitos de direito?

Sabe-se que as substâncias contidas nos cigarros são transferidas para o feto durante a gestação, “a criança passa fome no íntimo do útero de sua mãe e ainda é fulminada pelos venenos do cigarro, logo, será menor quando nascer e terá menos peso e inteligência do que uma criança nascida em condições normais” (COSTA, João Batista D., pág. 51, 1984).

Carlos Alexandre Moraes (2009, pág. 136) defende que: “o fornecedor está sujeito a reparar os danos causados aos consumidores independentemente de culpa; para isso, basta que determinado dano tenha sido causado por determinado produto, e que entre o dano e o produto haja um nexo de causalidade, evidenciado que o CDC descartou a teoria do risco, como critério excludente de responsabilidade”.

“Em princípio, todas as pessoas são responsáveis pelos atos por ela praticados, capazes de ensejar reflexos jurídicos; assim, é fundamento da responsabilidade civil que todo dano merece ser indenizado.” (MORAES, Carlos Alexandre, pág. 44, 2009).

2 DIREITOS DO NASCITURO

2.1 INÍCIO DA VIDA

Nota se ainda grandes divergências, quando o assunto é o início da vida humana. A Medicina, a Biologia, a Genética e ciências afins apresentam fortes argumentos em favor do início do ciclo vital de um indivíduo humano, sendo no instante da concepção, ou seja, união do óvulo e do espermatozoide, observando que o novo ser humano, unicelular, já tem o seu próprio código genético; o seu próprio *genoma*, resultante dessa fusão, diferente, porém do genoma do pai e do genoma da mãe, o qual permanecerá o mesmo, imutável, até o fim da sua vida, conferindo-lhe individualidade e singularidade. Portanto, desde a concepção há vida humana nascente, a ser tutelada.



Muitos estudiosos questionam então, o início da personalidade desse novo ser humano, observando que este, tem direitos assegurados e, portanto tem personalidade jurídica. É justo que conheçamos as três teorias apresentadas para o referente assunto.

2.1.1 Teorias Concepcionista, Natalista e Condicionista

Para a teoria concepcionista, o início da vida se baseia no fato da vida humana ter sua origem na fecundação do óvulo pelo espermatozoide, quando este óvulo fecundado se fixa a parede do útero para que a gravidez evolua, processo chamado de nidação, marcando o início da personalidade;

A teoria natalista sustenta o nascimento com vida como pressuposto para a aquisição da personalidade. Segundo esta teoria o nascituro tem mera expectativa de vida, por isso tem meras expectativas de direito. Entende-se que o nascituro não é uma vida a parte de sua genitora, de modo que, o nascituro é parte do ventre materno. Por isso deve-se ter o nascimento com vida para o início da personalidade.

A teoria condicionista defende que a personalidade começa com a concepção, desde que atendida uma determinada condição, qual seja, o nascimento com vida.

2.2 CONCEITO DE NASCITURO

Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda não nasceu. Ser humano com vida intrauterina, de modo que, ainda repousa no ventre de sua genitora.

Para Maria Helena Diniz:

“Nascituro é aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo; aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida” (DINIZ: 1998: p. 334).

2.3 DIREITOS DO NASCITURO

A personalidade jurídica dá ao nascituro o reconhecimento de que ele é titular de direitos. Dentre eles é de se dar ênfase ao o direito à vida, à integridade física e a



liberdade, pois esses direitos têm como escopo a garantia de que o nascituro venha a nascer com vida e saudável.

O Código Civil busca como referência as regras que estão contidas nos artigos: 1699, § Único, onde permite o reconhecimento da filiação do nascituro; o art. 1779, onde defere a possibilidade de se nomear curador ao nascituro; art. 542, onde autoriza que seja feita doação ao nascituro e art. 1798 onde se reconhece a capacidade sucessória do nascituro, todos do referido código.

3 PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

A personalidade jurídica é a susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações. Sabe-se que toda a pessoa natural possui a aptidão de exercer direitos e deveres na Ordem Jurídica, ou seja, todas as pessoas têm a possibilidade de exercê-los. A esse atributo, inerente a todas as pessoas, sem qualquer restrição, dá-se o nome de personalidade jurídica.

Maria Helena Diniz, com relação ao nascituro, aduz que:

[...] tem o nascituro personalidade jurídica formal, no que se refere aos direitos personalíssimos, passando a ter personalidade jurídica material, adquirindo os direitos patrimoniais, somente, quando do nascimento com vida. Portanto, se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas, se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá. (2005, p.92)

Ao lhe serem concedidos direitos, está se admitindo que o nascituro possua, sim, personalidade jurídica, sendo, portanto um verdadeiro e legítimo sujeito de direitos ressalta-se que, será considerado incapaz, sendo representado por sua genitora, ou caso esta não puder, por um curador. Não se pode negar que o nascituro gerado por seres humanos, é também um ser humano, uma pessoa e, portanto, sujeito de direitos.

3.1 O NASCITURO COMO SUJEITO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE

O direito da personalidade é inerente ao ser humano, de modo que, a restrição desses direitos ao nascituro configuraria a violação do princípio da igualdade, tendo em vista que a grande maioria dos direitos fundamentais está elencada como direitos da personalidade e que a base dos direitos do nascituro é observada como direitos



fundamentais. O Estado Democrático de Direito, não admite dignidade seletiva, na qual apenas os nascidos com vida são considerados pessoas humanas dignas.

Na Constituição Federal de 1988, os direitos individuais concebidos como fundamentais, consagram-se através das cláusulas pétreas trazidas pelo artigo 5º, tais como o direito à vida, à integridade física, entre outros. O atual Código Civil brasileiro dedicou um capítulo inteiro aos direitos da personalidade, em seus artigos 11 a 21, do capítulo II. Mas todas as normas desenvolvidas pelo Estado, contudo, só terá razão de ser, a partir do momento em que considerar como objeto de tutela jurídica, a proteção de elementos intrínsecos à própria natureza humana.

4 TABACO E GESTAÇÃO

O significado da palavra tabaco é definido pelo Dicionário Aurélio Eletrônico como: “1. Grande erva, molemente tomentosa, da família das solanáceas (*Nicotiana Tabacum*), de origem sul – americana, de folhas amplas, ablongas, acuminadas e macias, flores vistosas, tubulosas e róseas, e que possui nicotina, razão por que a infusão constituem o fumo ou tabaco, [Sin, Bras: fumo.] “

O tabagismo teve evidencia na sociedade moderna com a Revolução Industrial. O consumo do cigarro teve o seu ápice no Brasil na década de 50, onde a prática se tornou comum entre as mulheres. Atualmente no Brasil já existem leis que disciplinam a respeito do cigarro, trazendo em seu teor os malefícios do uso para o ser humano.

Mesmo com todas as informações disponíveis, as gestantes não conseguem se abster do produto e colocam em risco o feto em gestação, sendo causa disso, a dependência física e psíquica causada pelo uso do cigarro.

A nicotina é uma substância encontrada na planta do fumo, sendo esta, a responsável pela adicção deste, tendo alto índice de absorção pelo corpo humano. O cigarro seria uma pequena porção do fumo, sendo um produto não durável e nocivo à saúde, de modo que o seu consumo pode trazer doenças como o câncer de pulmão, de boca, de laringe, de estômago, de rim e de bexiga e várias outras doenças. A cada tragada, o fumante introduz no seu organismo elementos tóxicos como: amônia, propilenoglicol, acetato de chumbo, formol, naftalina, fósforo, acetona, terebentina, xileno,



butano, monóxido de carbono, alcatrão, carcinogênicos, nicotina, benzopireno, nitrosaminas, substâncias radiotivas, agrotóxicos, solventes, níquel e arsênio, cianeto hidrogenado, formol, e monóxido de carbono.

4.1 A AÇÃO BIOPATOLÓGICA DO FUMO NAS GESTANTES

Os fumantes passivos são aquelas pessoas que de maneira indireta se expõe as substâncias produzidas pelo tabaco, convivendo de alguma forma, com fumantes ativos. As crianças passam a serem fumantes passivas desde muito cedo, e pelo estudo apresentado, já se torna dependente passiva, mesmo antes de nascer, dentro do próprio lar, convivendo com pais fumantes, inalando todas as substâncias tóxicas do cigarro. Observa-se que, as gestantes, que convivem com fumantes ativos, sendo deste modo, fumantes passivas, transferem para o feto substâncias tóxicas inaladas passivamente. As gestantes que fumam, sendo fumantes ativas, trazem ainda mais complicações ao feto, como o aumento da taxa de parto prematuro e abortamento, complicações placentárias, morte fetal ou o baixo peso do feto. Há de se destacar que a gestante, quando fumante ativo, é dependente do cigarro e por isso não consegue se desligar do produto com facilidade, sofrendo com a dependência física e psíquica, não conseguindo avaliar com racionalidade o mal que está causando ao seu bebê. A dependência psíquica é o “Estado mental caracterizado pela necessidade de sentir permanentemente o efeito de uma droga e por sensações de desconforto quando a pessoa é privada dela”. Já a dependência física é a “adaptação do organismo à presença constante de uma droga cuja ausência provoca reações de desconforto”.

Lucio Delfino escreve que: “O tabaco não é apenas um fator de risco para diversas enfermidades, ele é considerado enfermidade própria. Estudos revelam ser o tabagismo uma doença crônica, pela grande dificuldade de livrar-se do vício adquirido pelo seu consumo. Antigamente, acreditava-se que a força de vontade era suficiente para parar de fumar, contudo, a ciência demonstrou que mesmo quando o tabagista quer parar de fumar, possui enormes dificuldades, visto que, a nicotina provoca dependência. Destarte, especialistas afirmam que o consumidor de cigarros deve ser submetido a tratamento, que pode vir a durar a vida toda, podendo recorrer, ainda a programas psicológicos para apreender a viver, novamente, sem a utilização do cigarro.” (DELFINO, 2007, p. 132)



5 DANO

Para Silvio Venosa, o conceito de dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente.

Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico. [...]

Nas palavras do Professor Arnoldo Wald: “Dano é a lesão sofrida por uma pessoa no seu patrimônio ou na sua integridade física, constituindo, pois, uma lesão causada a um bem jurídico, que pode ser material ou imaterial”. (Curso de Direito Civil Brasileiro, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1989, p. 407).

O dano é classificado em danos materiais e morais. Os materiais são de natureza patrimonial, ou seja, é a reparação pecuniária do dano, bastando à restituição ao *status quo ante* do bem. Neste caso, as empresas tabagistas são responsáveis em restituir todos os gastos que o fumante teve com o tratamento do dano ocasionado pelo consumo do produto. O dano moral é de natureza extrapatrimonial, para Maria Helena Diniz (2002, p. 81), “o dano moral vem a ser a lesão de interesse não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo”, é o prejuízo que afeta o íntimo da vítima.

5.1 DO DANO AO FETO E SUA REPARAÇÃO

O nascituro é protegido por lei conforme o artigo 2º do Código Civil: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, assim, o nascituro tem os seus direitos resguardados desde a sua concepção, tendo a mãe o dever de protegê-lo, entretanto, quando está sob a dependência da nicotina perdem a capacidade de zelo.

O Estatuto do Nascituro dispõe em seu artigo 3º e 4º que, o nascituro tem direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os direitos da personalidade, tendo a família, a sociedade e o Estado de assegurar isso para o nascituro, porém o zelo é deixado de lado quando falamos de empresas tabagistas, que causam danos à saúde desse nascituro, autorizadas por lei, sob a vigilância do Estado.



Art. 3º. O nascituro adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, mas sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo – lhe proteção jurídica através deste estatuto e da lei civil e penal.

Parágrafo único: o nascituro goza da expectativa do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade.

Art. 4º. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao nascituro, com absoluta prioridade, a expectativa do direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O nascituro sofre com o dano causado pelo cigarro de forma passiva, as consequências que as substâncias do fumo causam são graves e relevantes à saúde deste, pois perduram em sua vida adulta, com a possibilidade de morte do feto. De acordo com o INCA, pesquisas demonstram que os filhos com 7 (sete) anos de idade, de mães que fumaram 10 ou mais cigarros por dia na gravidez, demoram mais para aprender uma determinada habilidade, vale destacar que essas crianças irão se tornar adultas e poderão querer a reparação do dano sofrido pelo cigarro ainda no ventre de sua mãe, assim, quem será o polo passivo da ação de reparação, a mãe, o Estado ou as empresas tabagistas?

O dano moral poderá ser provado de todas as formas que permite o Código de Processo Civil, cabendo ao juiz analisar da maneira mais justa o caso concreto. Para Carlos Alexandre Moraes (2009, p.42):

No dano moral, a reparação só pode ser satisfatória ou compensatória, se o objetivo é diminuir a dor, o sofrimento ou a tristeza, impossível restabelecer o bem ao estado anterior ao fato danoso, diferente do dano patrimonial que é possível a quantificação ou a substituição do bem.

Portanto, o nascituro tem direitos resguardados, e sua saúde é direito fundamental. Se o feto está exposto a um produto que foi colocado a venda de maneira lícita, mas que vem eivado de vícios caberá à empresa tabagista ser responsável pelos danos que seu produto causar.



5.2 POSIÇÃO DO DIREITO MODERNO

O ordenamento jurídico brasileiro cada vez mais tem reconhecido o direito do nascituro de receber indenizações por dano moral. O Supremo Tribunal de Justiça reconheceu por unanimidade tal direito. De acordo com o **RECURSO ESPECIAL Nº 931.556 - RS (2007/0048300-6)**, o nascituro recebeu indenização, fixada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pela morte de seu pai, André Rodrigues, em um acidente de trabalho.

Responsabilidade civil. acidente do trabalho. morte. indenização por dano moral. dies a quo. correção monetária. data da fixação pelo juiz. juros de mora. data do evento danoso. processo civil. juntada de documento na fase recursal. possibilidade, desde que não configurada a má-fé da parte e oportunizado o contraditório. anulação do processo. inexistência de dano. desnecessidade. civil. compensação por danos morais. filho nascituro. irrelevância na fixação do quantum indenizatório. (SIC)

Nesse sentido Reis (2010, p.31):

Ora, se os Tribunais vêm reconhecendo esse direito, é porque o nascituro possui personalidade desde o momento da concepção. Trata – se de uma pessoa, mesmo *in spem*, que não perde a sua condição de ser humano em estado de formação e, portanto, com direito à ampla proteção da ordem jurídica.

Não há nenhum julgado no ordenamento jurídico brasileiro acerca de danos morais causados pelo cigarro ao nascituro, porém, esta possibilidade de reparação existe, visto que, o nascituro é vítima da nicotina e sofre danos morais e materiais, sendo este um reflexo de ser um fumante passivo. O nascituro é um sujeito indefeso por si próprio, merecendo a proteção jurídica, sendo possível assim a reparação do dano.

6 RESPONSABILIDADE CIVIL

A ideia de responsabilidade está sempre vinculada àquela de responder por alguma coisa, de reparar um dano causado. Observa Carlos Alexandre de Moraes: “Vários são os conceitos da responsabilidade civil, mas pode-se encontrar um ponto em comum: a obrigação de reparar o dano causado a outrem.” (Moraes, 2009 p.32)

Para Maria Helena Diniz, responsabilidade civil pode ser definida como:

[...] a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. (Diniz, 2009, p. 34).



Não existirá responsabilidade civil se não houver o dano, seja ele por ação ou omissão, mas observa-se que não será necessário existir a culpa, já que essa advém de negligência, imperícia e imprudência, e em muitos casos a inexistência do propósito de lesar, não é suficiente para que o dano não aconteça. No Brasil, o constituinte originário, entendeu por bem colocar a responsabilidade civil como uma das garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros. É o que se verifica no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal de 1988.

6.1 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA

A responsabilidade subjetiva tem como base a Teoria da Culpa, e para que haja a responsabilidade de reparar o dano, deverão ser cumpridos quatro requisitos, sendo eles: o ato ilícito, a conduta (comissiva ou omissiva), a culpa em sentido lato senso (negligência, imperícia, imprudência) e deve ter uma causa imediata (lei e costumes). Será necessário provar a culpa do agente para que haja o dever de indenizar, pois na responsabilidade subjetiva, não basta apenas que haja o comportamento humano causador do dano ou prejuízo, tem que ficar provado à culpa deste, para que seja responsabilizado.

Na responsabilidade objetiva o que se observa é a Teoria do Risco, ou seja, se existe uma conduta, que gera um risco e cause um dano, mesmo que não haja a culpa, deverá ser responsabilizado a ressarcir o dano.

No Código de Defesa do Consumidor, a lei 8.078/90, trouxe para a legislação a responsabilidade objetiva, ou seja, não havendo necessidade de comprovar a culpa para que haja o ressarcimento do dano nas relações de consumo. É o chamado Risco Proveito, de modo que, se existir uma atividade com fim lucrativo, econômico, e esta atividade causar um dano, serão obrigados a repará-la. Neste caso, a conduta virou atividade e não mais comportamento negativo ou positivo, de modo que, o ato não será mais obrigatoriamente ilícito, observa-se que, para que responsabilidade seja objetiva, deverá estar expressa em lei. No CDC não se questiona a culpabilidade, pois é direito básico do consumidor ser reparado de todos os danos que sofrer (Art. 6º, VI), e também não ficam restritas as causas imediatas, buscando causas remotas, ampliando assim, o rol de responsáveis pelo dano causado. O nexos causal engloba todos os fornecedores



dos produtos e dos serviços, mesmo que ligados indiretamente ao dano. O CDC não observa se há relação contratual ou extracontratual, observa somente, se há relação de consumo. Em regra, se usa a responsabilidade subjetiva, sendo a responsabilidade objetiva, a exceção, sendo aplicada em casos específicos, como as relações de consumo, por exemplo.

6.2 RESPONSABILIDADES CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

A responsabilidade contratual se dá por violação da obrigação prevista no contrato, ou seja, o inadimplemento. É uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contratantes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente. Nesta, não é preciso que o contratante prove a culpa do inadimplente, para obter reparação das perdas e danos, basta provar o inadimplemento.

A responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana, não advém de pacto e sim de conduta geral, sendo um dever geral de não causar danos. É a lesão a um direito sem que entre o ofensor e o ofendido preexista qualquer relação jurídica. Aqui, ao contrário da contratual, caberá à vítima provar a culpa do agente.

6.3 EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE

Observaremos que, se a exclusão se dá pelas hipóteses apresentadas na lei, Art. 12 §3º, I, II, III, do CDC, não podendo a empresa tabagista alegar desconhecimento de tais normas. Conforme observa Carlos Alexandre de Moraes sobre a não colocação de produtos no mercado: “Indiscutivelmente, não é o caso do produto das empresas tabagistas – o cigarro é um dos produtos mais vendidos no mundo”.

Sobre a inexistência de defeito, o autor informa: “Os defeitos podem ser de três ordens: de produção, de concepção e de informação. Dessa forma, quando o consumidor não recebe as informações corretas sobre o produto que está adquirindo, este é considerado defeituoso”. À cerca da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, o mesmo autor observa que “caberá ao acusado, a prova de exclusão de sua responsabilidade”, pois o consumidor tem presunção absoluta de vulnerabilidade.



6.4 RESPONSABILIDADES CIVIS DAS EMPRESAS TABAGISTAS

Responsabilidade Civil vem a ser a obrigação que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um dever jurídico.

Lucio Delfino observa que: “Na verdade, a publicidade do cigarro nunca teve o condão informativo, mesmo porque se assim fosse, ninguém, em sã consciência, compraria o produto e, conseqüentemente, as indústrias do tabaco estariam fadadas à falência.” (DELFINO, 2002, p. 130) As empresas tabagistas empregam o argumento de que, por ser lícita a atividade da indústria do fumo, não haveria o dever de indenizar, visto que o dano que origina a obrigação de reparar, deve se originar de um ato ilícito. Não obstante, lícita, a atividade desenvolvida pela indústria tabagista, sua responsabilização decorre do defeito do produto, ou seja, na falta de segurança esperada pelo produto adquirido.

Marcos Carniel, em tese defendida para a conclusão de curso observa que: “Dessa forma, pelo inadimplemento do dever de informar, tendo a empresa tabagista informado, inadequadamente, sobre os males que o cigarro pode causar a seus consumidores, há, sim, responsabilidade civil das referidas empresas.” Ainda escreve que: “As empresas fornecedoras de tabaco afirmam que inexistente o dever de informar sobre os malefícios do tabaco, tendo em vista sua notoriedade, haja vista que, não há obrigação de se informar o que já é do conhecimento de todos”. Concluindo que: “Responsabilidade civil, por sua vez, vem a ser a obrigação que alguém tem de reparar os prejuízos decorrentes da violação de um dever jurídico, visando assim, a recomposição de um dano”.

Os defeitos do produto são imperfeições juridicamente relevantes, ou seja, aquele produto que não oferece a segurança que o consumidor legitimamente espera, logo, mesmo sendo o produto lícito, não é um produto perfeito, haja vista que é causador de danos comprovados pela medicina. Observando que a responsabilidade objetiva acatada pelo CDC imputa ao consumidor vulnerabilidade, de modo que, não precisa comprovar a culpa e sim o dano sofrido pelo produto.

A gestante, sendo consumidora, tem o direito de ter o seu dano reparado, mesmo que seja uma fumante passiva, de modo que, a empresa deverá indenizá-la por colocar a venda produto que lhe causou dano, e quanto ao feto, cabe a ele indenização pelos danos sofridos antes mesmo de nascer?



Várias decisões já foram proferidas favoráveis a indenizações de vítimas do cigarro, pois foram comprovados os danos sofridos pelo uso do produto, e muitos estão em curso processual ou em fases recursais. Todos eles comprovam o nexo de causalidade e o dano sofrido pelo uso contínuo do produto, mas se observamos desse prisma, cabe então ao nascituro, desde que seja representado, o direito de reivindicar o dano sofrido, ainda que esse tenha sofrido em vida intrauterina. Se ficar evidenciado um dano causado ao feto, desde que comprovado o nexo causal e o dano sofrido, caberá o direito de ter esse dano reparado, pois o feto tem sua vida e integridade física protegida pelo Estado.

As empresas tabagistas podem alegar que a responsabilidade pelo dano causado é da gestante, ou seja, da mãe, pois deveria partir dela a responsabilidade de cuidar para que o feto nasça saudável, mas observa-se que a gestante também é uma vítima do cigarro, pois sofre com a dependência e não consegue se desprender do vício de maneira fácil e racional. Ressalta-se também que muitas vezes essa gestante não faz uso direto do cigarro, mas sofre as consequências, inalando a fumaça tóxica do cigarro, afetando também o feto, deste modo, tanto a gestante quanto o ser que traz em seu ventre, são sujeitos passivos e sofrem danos causados pelo produto.

7 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

No ano de 1990 foi publicado O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11.09.1990, seria uma lei de proteção ao consumidor contra os fornecedores de produtos e serviços.

Para Maria Helena Diniz (1988, p. 97):

O Código de Defesa do Consumidor é o mais moderno do mundo, por conter normas de ordem pública, pretendendo equilibrar as relações entre fornecedores de produtos e serviços e consumidores, outorgando instrumentos de defesa idôneos à satisfação de seus interesses, sancionando as práticas abusivas, impondo a responsabilidade objetiva dos fornecedores. Já em outros países não há legislação tão avançada.

Entretanto, a vítima de um dano de consumo além de buscar subsídios no CDC, que é uma legislação específica, poderá também fazer uso do Código Civil.



7.1 CONCEITOS DE CONSUMIDOR, SUA VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA NA RELAÇÃO DE CONSUMO

O conceito de consumidor está expressamente no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 2º, e completa essa conceituação nos artigos 17 e 29.

Art.2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único: Equipara – se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 17. Para efeitos desta Seção, equiparam – se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29. Para fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam – se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Carlos Alexandre Moraes (2009, p. 110) afirma que “a relação de consumo é vínculo que une o consumidor ao fornecedor por meio de um produto ou serviço”. Markus Samuel Leite Norat conceitua produto: “é a coisa que foi fabricada para ser colocada no mercado de consumo, tornando–se, por subsecutivo, o direito do consumidor e a obrigação do fornecedor na relação jurídica de consumo”. (2010, p.62).

O consumidor é a parte mais vulnerável dessa relação de consumo, por esse motivo, o CDC traz os direitos básicos do consumidor elencados no Art. 6º. Note se que a vulnerabilidade não deve ser confundida com hipossuficiência, como explica Oscar Ivan Prux (PRUX, Oscar Ivan. Op. cit., p.50): “[...] a vulnerabilidade, então, é traço que atinge a todos os consumidores (salvo raríssimas exceções), enquanto que a hipossuficiência consiste em peculiaridade que oferta apenas alguns deles [...]”.

A hipossuficiência é demonstrada no caso do consumo do cigarro, conforme afirma Carlos Alexandre Moraes (2009, p.110): “[...] muitas vezes, ocorre por uma simples desinformação, quando consome cigarros influenciados pelo poder de persuasão da mídia sem estar informado dos efeitos danosos à saúde, que é o dever do fornecedor informar”.



7.2 CONCEITO DE FORNECEDOR

O conceito de fornecedor também está disciplinado no CDC no artigo 3º:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços.

Carlos Alexandre Moraes nos ensina que (2009, p. 111): “o Código de Defesa do Consumidor exauriu todas as formas de atuação no mercado de consumo. Dessa forma, afirmar que fornecedor é todo aquele que pratica atividade econômica direcionada ao mercado de consumo, não é exagero nenhum”.

7.3 OS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

O consumidor tem garantido no art. 6 do CDC um mínimo de proteção, assim estabelece como básico a proteção da vida e da saúde; a educação para o consumo; a liberdade de escolha de produtos e serviços; a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, proteção contratual, a indenização, o acesso à Justiça, a facilitação da defesa dos seus direitos e, por último, a qualidade dos serviços públicos. Mesmo com toda essa proteção, o cigarro é consumido dia a dia, trazendo riscos à saúde das pessoas, tanto dos fumantes ativos como dos passivos, e entre esses, o nascituro, que mesmo não tendo ainda nascido, faz uso de substância nociva a sua saúde.

As empresas tabagistas se utilizam dos meios de comunicações para chegar até ao consumidor, porém, não se atentam a destacar em suas informações, os males que causam o cigarro, trazem somente a satisfação que o consumidor terá ao consumir o produto, sendo omissa no dever de informar os elementos essenciais deste, tratando-se então de propaganda enganosa. Para Carlos Alexandre de Moraes (2009, p.119): “Algumas propagandas dos cigarros são enganosas e abusivas, pois não informam os elementos que são utilizados em sua fabricação e, além do mais, fazem apologia a um produto que é comprovadamente prejudicial à saúde”.



8 EMPRESAS TABAGISTAS

A empresa tabagista é uma forte geradora de empregos, mesmo que seu produto seja comprovadamente danoso, trata-se de produto lícito, tendo a sua venda regulamentada e com uma grande carga tributária incidindo no produto. A produção agrícola, o processamento industrial, a comercialização e a exportação, e, de modo complementar, a fabricação e a comercialização de cigarros, são os principais segmentos produtivos do complexo industrial do tabaco instalados no país.

Conjuntamente ao bom desempenho econômico do cigarro na economia brasileira, observa-se o caos na área da saúde, onde o Estado arrecada grande valor em impostos com o tabaco, mas ao mesmo tempo gasta enorme valor em verbas com os dependentes e com os sujeitos que contraíram doenças pelo uso do mesmo produto.

As grandes companhias de tabaco e as instituições por elas mantidas argumentam que as ações para controle do tabagismo poderão gerar grandes números de desempregos, como forma de pressão para tentar evitar a adoção de medidas eficientes para o controle do tabagismo. Mas contrariando o raciocínio das empresas tabagistas, o Estado aprovou a Lei n.º 9.294 (15 de julho de 1996), e de acordo com a publicação e modificações sancionadas no ano de 2011 pela Presidente Dilma Rousseff, assim dispõe: "é proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo fechado, privado ou público. Considera-se recinto coletivo o local fechado, de acesso público, destinado a permanente utilização simultânea por várias pessoas." O objetivo é preservar o direito de todos à saúde, fumantes e não fumantes.

8.1 TESES USADAS PELAS EMPRESAS TABAGISTAS PARA EXCLUIR O DEVER DE INDENIZAR

Os resultados da pesquisa revelam a predominância do posicionamento do Poder Judiciário favorável às teses da indústria tabagista. Os argumentos que prevalecem para rechaçar o pedido indenizatório das vítimas e seus familiares são basicamente o livre arbítrio; à incidência da responsabilidade subjetiva; a falta de nexo de causalidade entre o



dano e o tabaco; a licitude da atividade e à prescrição de cinco anos estabelecida pelo CDC.

Em muitos julgados, é utilizado o argumento de que o tabagismo é agravante de muitas doenças, argumentando-se que, não haveria certeza na medicina que ele seja a causa exclusiva desta. Em contrapartida, a medicina observa que alguns fumantes ativos e passivos desenvolvem doenças inteiramente ligadas ao tabagismo. Outro argumento utilizado pelas empresas tabagistas é a licitude da atividade como excludente de reparação do dano causado e observando também a prescrição de reparação do dano que é de cinco anos, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor no artigo 27.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que o nascituro tem o seu direito resguardo pelo nosso ordenamento jurídico, que põe a mãe, principalmente, como responsável pelo ser humano que há de nascer, entretanto, essa mãe sob o efeito da nicotina se torna dependente física e psíquica do produto produzido pela empresa tabagista de forma lícita, sendo o feto a vítima de toda essa relação consumerista, portanto o Estado que deveria proteger o consumidor dos danos causados numa relação de consumo, não o faz de maneira direta, fazendo somente alertas a população por meio de publicidade e propaganda, sendo essas medidas insuficientes, visto o alto índice de novos adeptos do produto. A população continua consumindo o cigarro e assim prejudicando pessoas que, na maioria das vezes, não tiveram escolha, entre ser fumante ou não, sendo este o caso do nascituro, que se torna dependente e tem sérios problemas de saúde, de maneira passiva e ignorada.

A responsabilidade de zelar por esse feto é primeiramente da mãe, porém trata-se também de uma vítima dessa relação de consumo, de modo que, cabe ao Estado intervir, para que possa proteger tanto o nascituro, como a gestante. No tocante ao tema, ainda haverá muita discussão sobre o assunto na sociedade, onde temos de um lado as empresas tabagistas com todo seu aparato jurídico e do outro lado dessa relação de consumo, pessoas que são ludibriadas pelo produto que pode levar a própria morte.

REFERÊNCIAS

BRASIL (Código Civil) Lei 10.406, de 10.01.2002. 54. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.



BRASIL (Código de Defesa do Consumidor) Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor – Nova ed. ver. atual. e ampl. com o Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1.997- Brasília: Ministério da Justiça, 2010. 124 p.

Brasil. (*Estatuto do Nascituro*) Projeto de Lei 478/07, 19 de maio de 2010. Autor Deputado Luiz Bassuma e Miguel Martini. Rel. Dep. Solange Almeida.

<<http://ged.feevale.br/bibvirtual/Monografia/MonografiaMarcosCarniel.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2012.

DELFINO, Lúcio. **Responsabilidade civil e tabagismo no Código de Defesa do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 130.

DELFINO, Lúcio. **Responsabilidade civil e tabagismo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 344-345

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17.ed. (augment. E atual. De acordo com o Novo Código Civil – lei nº 10406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003, 7v.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1v

_____. **Curso de direito civil brasileiro: Teoria geral de Direito Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

_____. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. 3v.

_____. **Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 205

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. V.1.

MARKUS, Samuel Leite Norat. **Direito do consumidor: oferta e publicidade**. Leme: Anhanguera, 2010, p. 62.

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade civil das empresas tabagistas**. Curitiba: Juruá, 2009.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil, Parte Geral**, 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. V.1
RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**, 19. Ed., atual. São Paulo: Forense, 2002. V. IV, p.6



UTAGAWA, C. Y.; SOUZA, R. A.; SILVA, M. O.; SILVA, C. O. M.. **Tabagismo e Gravidez: Repercussões no Desenvolvimento Fetal. Cadernos UniFOA**, Volta Redonda, ano II, n. 4, agosto. 2007. Disponível em:
<[HTTP://www.unifoa.edu.br/pesquisa/caderno/edicao/04/97.pdf](http://www.unifoa.edu.br/pesquisa/caderno/edicao/04/97.pdf)>

VIEGAS, Carlos Alberto de Assis. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Tabagismo: do diagnóstico à saúde pública**. São Paulo: Atheneu, 2007.

WALD, Arnoldo. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p.407.