Aliança de Controle do Tabagismo

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 19ª VARA CIVEL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA CAPITAL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Processo no. 583.00.1995.523167-5

ASSOCIAÇÃO DE CONTROLE DO TABAGISMO, PROMOÇÃO DA SAÚDE E DOS DIREITOS HUMANOS - **ACT**, associação sem fins lucrativos inscrita no C.N.P.J/MF sob o n.º 08.658.766/0001-70, sediada na Capital do Estado de São Paulo, na Rua Pamplona, 724, cj. 17 (doc. 1), neste ato representada por sua advogada (doc 2), nos autos da **Ação Coletiva** que **ADESF – ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DA SAÚDE DO FUMANTE** move em face de **SOUZA CRUZ S/A e PHILIP MORRIS MARKETING S/A,** vem, respeitosamente, com fulcro no art. 5º, §2º, da Lei 7.347/85, c/c art. 82, IV, do Código de Defesa do Consumidor, requerer sua admissão como ***Litisconsorte Ativo*** pelas razões de fato e de direito abaixo especificadas:

1. DA LEGITIMIDADE DA ACT 3
2.INTRODUÇÃO..... 5
3. DA CONVENÇÃO QUADRO PARA O CONTROLE DO TABACO – CQCT – CONSENSO SOBRE OS MALEFÍCIOS DO CIGARRO E A DEPENDÊNCIA À NICOTINA 6
(i) Malefícios do Cigarro 10
(ii) Dependência 13
(iii) A estratégia das fabricantes de cigarros de negar tais fatos 18
4.MARKETING PARA JOVENS: O QUE SE SABE SOBRE AS ESTRATÉGIAS DAS FABRICANTES DE CIGARROS 19
5. AS CO-RÉS CONTINUAM FAZENDO PUBLICIDADE DE SEUS PRODUTOS E DIRIGINDO-A A CRIANÇAS, ADOLESCENTES E JOVENS 26
*6.*TODA PUBLICIDADE DE CIGARRO É ENGANOSA E ABUSIVA..... 31
7. DAS DECISÕES JUDICIAIS NACIONAIS E ESTRANGEIRAS..... 38
(i) Decisões nacionais 38
(ii) Atitude oportunista das fabricantes 42
(iii) Decisões estrangeiras 43
8. O DEVER DE INDENIZAR INDEPENDE DA LICITUDE DA ATIVIDADE 48
(i) As fabricantes de cigarros co-rés pagariam impostos em demasia 54
(ii) As co-rés gerariam riqueza e desenvolvimento..... 58
9. CONCLUSÃO E PEDIDO..... 61

1. DA LEGITIMIDADE DA ACT

A ACT é uma organização não-governamental voltada à promoção de ações para a diminuição do impacto sanitário, social, ambiental e econômico gerado pela produção, consumo e exposição à fumaça do tabaco. Trata-se de aliança composta por mais de 300 organizações da sociedade civil comprometidas com o controle da epidemia tabagística (www.actbr.org.br).

Surgida em 2003 como *Rede Tabaco Zero*, a ACT formalizou-se como associação em fevereiro de 2007 e atuou, desde seu surgimento, para a ratificação, pelo Brasil, da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco – CQCT, primeiro tratado internacional de saúde pública, celebrado sob os auspícios da Organização Mundial de Saúde, e cujo decreto ratificador recebeu o no. 5658/2006 (doc. 13).

Após essa vitória na proteção do direito à saúde e à vida dos brasileiros, a ACT vem atuando de forma a contribuir para a implementação das determinações do tratado no que tange ao controle do tabagismo.

Dentre suas atividades pode-se citar a participação nas negociações dos protocolos de discussão e implementação das disposições do tratado através da Convenção das Partes, onde tem assento como representante da sociedade civil[1], realização de campanhas para a implementação de ambientes livres do fumo (doc 6 e 7), elaboração e divulgação de relatório sobre ações judiciais indenizatórias contra a indústria do tabaco (doc 9), elaboração e divulgação do atual estágio de implementação das medidas previstas na CQCT, divulgação de informações sobre os males do tabagismo através de sua página eletrônica (www.actbr.org.br) e de publicações (doc. 11), e criação

[1] A ACT é membro da FCA – *The Framework Alliance Convention For Tobacco Control* (http://www.fctc.org/index.php?item=members#AMRO) que consta da lista das organizações não governamentais participantes da Conferência das Partes para a CQCT (http://www.who.int/gb/fctc/PDF/cop1/FCTC_COP1_ID7-en.pdf).

do blog *"Vamos Parar"* (http://blog.actbr.org.br/) como espaço para fumantes que querem parar de fumar, ex-fumantes que querem reforçar sua decisão e ajudar a quem ainda não parou, e não fumantes que possam contribuir com dicas ou apoio.

Em razão de sua ampla rede de participantes e sua experiência nacional e internacional no controle do tabagismo, a ACT pode contribuir com elementos essenciais para a procedência da presente Ação Coletiva, cujo pioneirismo é evidente, bem como demonstrar através de estudos, decisões judiciais nacionais e internacionais e demais evidências o embasamento das alegações feitas na exordial.

A matéria objeto da presente ação é de extrema relevância. Dentre os princípios norteadores da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco, expressos em seu Artigo 4, encontra-se:

> ***As questões relacionadas à <u>responsabilidade</u>, conforme determinado por cada Parte dentro de sua jurisdição, são um aspecto importante para um amplo controle do tabaco.*** (grifo adicionado)

A Convenção Quadro dispõe de sessão específica que trata das questões relacionadas à responsabilidade cujo artigo 19 assim estabelece:

Artigo 19 : Responsabilidade

1. ***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.***

A presente ação busca, pois, fortalecer as políticas públicas de controle do tabagismo que já vêm sendo adotadas e garantir a indenização das vítimas da indústria do tabaco e de seu produto. Daí sua relevância social e o interesse e legitimidade da ACT cuja admissão como litisconsorte ativo se requer.

2. INTRODUÇÃO

A presente ação vem somar-se aos esforços da comunidade internacional no controle do tabagismo, cuja questão da responsabilidade civil é parte integrante e vital.

É muito simples o que aqui se pretende:

> O CIGARRO VICIA; SUA PUBLICIDADE É ENGANOSA E ABUSIVA; NÃO TRAZ O PRODUTO, EM SUA EMBALAGEM E PUBLICIDADE, AS INFORMAÇÕES LEGAIS E NECESSÁRIAS AO CONSUMIDOR QUE O ADQUIRE.
>
> ESSES FATOS CAUSAM DANOS AO CONSUMIDOR, MORAIS E MATERIAIS, QUE DEVEM SER REPARADOS. DEVEM AINDA, OS FABRICANTES, SEREM COMPELIDOS A DAR AS INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS SOBRE SEU PRODUTO, SEM PREJUÍZO DAQUELAS DETERMINADAS PELO PODER PÚBLICO.

É importante situar esta ação judicial no tempo para dar-lhe o realce necessário. Trata-se de ação coletiva pioneira, **proposta em 1995**, cinco anos após a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, em que se demonstrou a total infringência, pelas co-rés, das normas consumeristas no que tange à publicidade de seu produto e ao direito à informação dos respectivos consumidores.

Os princípios gerais de direito, dentre eles a boa-fé objetiva, também foram infringidos.

Passados quase 14 anos de sua propositura, muito caminhou a sociedade, o Estado e a comunidade internacional no tema objeto da ação, fatos esses que não podem passar despercebidos do Judiciário em seu mister constitucional de dizer o direito e buscar a justiça.

3. DA CONVENÇÃO QUADRO PARA O CONTROLE DO TABACO – CQCT – CONSENSO SOBRE OS MALEFÍCIOS DO CIGARRO E A DEPENDÊNCIA À NICOTINA

"O cigarro é o único produto de consumo no mercado que mata metade dos seus usuários regulares ao ser consumido conforme as instruções dos fabricantes"

Dra. Gro Brundtland
Diretora da OMS à época da negociação da
Convenção Quadro para o Controle do Tabaco

Em 2003 foi celebrado o **primeiro tratado internacional de saúde pública de que se tem notícia na história da humanidade: A Convenção Quadro para o Controle do Tabaco.**

A comunidade internacional reuniu-se em torno de um tema a um só tempo preocupante e evitável: a epidemia tabagística, primeira causa evitável de mortes no mundo, responsável por mais de 5 milhões de óbitos anuais (OMS/2008)[2], 200 mil só no Brasil, segundo dados da OPAS – Organização Pan-Americana de Saúde.

Liderando as negociações, o governo brasileiro ratificou a **Convenção Quadro** em 3 de novembro de 2005, introduzida no ordenamento jurídico através do Decreto nº 5.658, de 02 de Janeiro de 2006.

[2] *WHO REPORT ON THE GLOBAL TOBACCO EPIDEMIC, 2008: The MPOWER package*. World Health Organization, http://www.who.int/tobacco/mpower/mpower_report_full_2008.pdf.

O preâmbulo da Convenção Quadro deixa expresso o consenso internacional sobre os danos que o cigarro tem causado à humanidade, em especial aos próprios fumantes. Confira-se os trechos a seguir transcritos:

> *“ As Partes desta Convenção.*
>
> *Determinadas a dar prioridade ao seu direito de* ***proteção à saúde pública****;*
>
> *Reconhecendo que a propagação da* ***epidemia do tabagismo é um problema global com sérias conseqüências 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;*
>
> ***Seriamente 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;***
>
> *(...)*
>
> *Seriamente* ***preocupadas com o impacto de todos os tipos de publicidade, promoção e patrocínio destinados a estimular o uso de produtos de 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, (...)"* (grifos adicionados)

Evidente a importância da Convenção Quadro para a presente ação. Trata-se de tratado, adotado pelo Brasil, que *confirma* a notoriedade dos fatos que a fundamentam: a nicotina vicia, a publicidade é omissa, enganosa e abusiva, a atuação das fabricantes de cigarro é e tem sido ilícita por violadora de direitos, fatos esses que causam danos às pessoas.

Não são apenas os governos dos 164 países que já ratificaram a CQCT – de um total de 168 que a assinaram – que envidam esforços para controlar a epidemia tabagística. Dois dos maiores empresários do mundo: Michael Bloomberg, atualmente prefeito de Nova York, e Bill Gates, fundador da Microsoft e atualmente presidente da Fundação Bill e Melinda Gates, têm anunciado financiamento a governos e organizações não governamentais que atuam na implementação da CQCT.

Confira-se notícia do Portal Globo Online[3]:

Gates e Bloomberg lançam campanha contra o fumo

Plantão | Publicada em **23/07/2008** às 23h11m

BBC

Dois dos homens mais ricos do mundo, o prefeito de Nova York, Michael Bloomberg, e o fundador da Microsoft, Bill Gates, lançaram uma campanha para combater o tabagismo nos países em desenvolvimento.

Ambos dizem que doarão um total de US$ 500 milhões nos próximos cinco anos para programas que ajudem as pessoas a abandonarem o hábito de fumar e que alertem para os perigos do tabagismo.

3 http://oglobo.globo.com/vivermelhor/mat/2008/07/23/gates_bloomberg_lancam_campanha_contra_fumo-547387899.asp

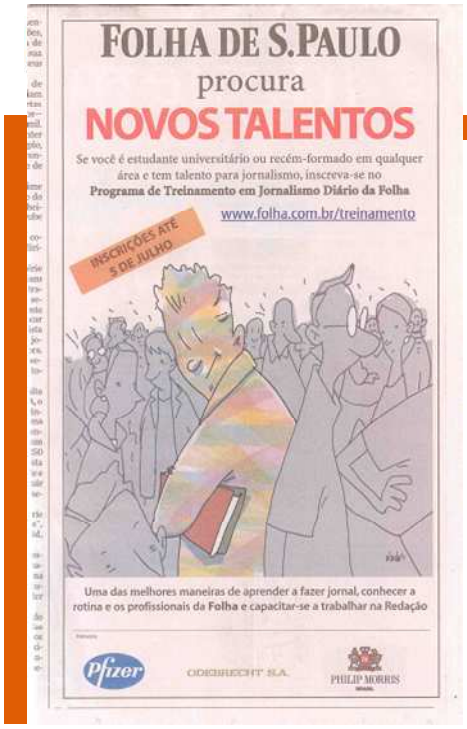
Bloomberg e Gates, que juntos têm um patrimônio de mais de US$ 70 bilhões, advertem que um bilhão de pessoas podem morrer neste século vítimas de doenças ligadas ao tabagismo.

"Bill e eu queremos destacar a enormidade deste problema e catalisar um movimento global de governos e da sociedade civil para pararmos a epidemia do tabagismo", disse Bloomberg.

Com leis mais restritivas ao fumo em lugares públicos adotadas por países desenvolvidos - notadamente nas cidades de Londres e Nova York - os fabricantes de cigarro estão se concentrando nos mercados da Ásia e África.

Gates e Bloomberg têm o objetivo de ajudar governos com políticas que tiveram sucesso em reduzir o consumo de cigarro, tais como aumento de impostos a produtos feitos de tabaco e a proibição de propaganda desses artigos.

Em nível nacional já se observa que grandes corporações não mais aceitam dividir espaços de patrocínio com as fabricantes de cigarros. Recentemente a empresa farmacêutica Pfizer Brasil retirou sua cota de patrocínio ao programa de *trainees* da Folha de São Paulo em razão de um dos patrocinadores ser a co-ré Philip Morris. Confira-se:



A atuação das fabricantes de cigarros é tão deletéria que a própria CQCT prevê que os Estados partes devem mantê-las à distância das negociações para sua implementação. O art. 5.3 da Convenção dispõe:

> ***Ao estabelecer e implementar suas políticas de saúde publica 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.***

Os Poderes Executivo e Legislativo vêm, mesmo antes da adoção da CQCT, atuando de forma a combater a epidemia do tabaco através da implementação de políticas públicas e medidas administrativas e legislativas. Cabe agora ao Poder Judiciário aplicar a CQCT e a legislação nacional de forma a ressarcir as vítimas da indústria do tabaco e de seu produto.

(i) Malefícios do Cigarro

Originário da América Central, o tabaco, utilizado por sociedades indígenas há cerca de 1000 anos a.C. em rituais de purificação e fortalecimento e no tratamento de algumas enfermidades, expandiu-se para a Europa através dos colonizadores europeus a partir do século XV.[4]

"Rapidamente o tabaco integrou-se a todas as populações do mundo civilizado"[5]. Da Europa disseminou-se pelos demais continentes. A industrialização do tabaco na forma de cigarros surge no século XX e com ela a indústria tabagista. *"O consumo de cigarros alastrou-se de forma epidêmica*

[4] Lúcio Delfino, *Responsabilidade Civil e Tabagismo*, Curitiba: Ed. Juruá, 2008.
[5] José Rosemberg, *Nicotina. Droga Universal*. São Paulo: SES/CVE, 2003, p. 3 *apud* Lúcio Delfino, op.cit.

por todo o mundo, principalmente em razão do uso de técnicas sedutoras de marketing*"*[6].

Não obstante evidências científicas desde o século XVIII de que o tabaco faz mal à saúde, é a partir das décadas de 1940 e 1950 que essas evidências começam a ser fortalecidas por estudos científicos mais aprofundados e em 1964 o *Surgeon General*, espécie de Ministro da Saúde norte-americano, lança seu famoso relatório sobre fumo e saúde em que conclui que o cigarro causa câncer, alcançando consenso científico[7].

Desde então as evidências científicas não pararam de aumentar. Como visto acima, o tabaco é hoje considerado uma epidemia pela OMS sendo a principal causa evitável de mortes no mundo.

A epidemia do tabaco matou 100 milhões de pessoas no século 20 e irá matar UM BILHÃO de homens, mulheres e crianças no século 21 se nada for feito para detê-la. São 5,4 milhões de pessoas mortas por ano por câncer de pulmão, infartos e outras doenças decorrentes do uso do tabaco[8].

Das 8 principais causas de morte no mundo, 6 estão ligadas ao uso do tabaco[9] que é consumido por mais de um bilhão e trezentas mil pessoas[10].

Incluído no grupo dos transtornos mentais e de comportamento decorrentes do uso de substância psicoativa, o tabagismo está na Décima Revisão de Classificação Internacional de Doenças (CID-10) e é considerado doença pediátrica, pois a idade média de iniciação é 15 anos[11].

---

[6] Lúcio Delfino, op cit, p. 31/32
[7] Juíza Gladys Kessler, in Tobacco Control Legal Consortium, *The Verdict Is In: Findings from* United States v. Philip Morris (2006). Tradução para o Português pela ACT – Aliança para o Controle do Tabagismo (2008).
[8] *WHO REPORT ON THE GLOBAL TOBACCO EPIDEMIC, 2008: The MPOWER package*. World Health Organization, http://www.who.int/tobacco/mpower/mpower_report_full_2008.pdf.
[9] Idem.
[10] http://www.who.int/tobacco/global_data/country_profiles/Introduction.pdf acesso 21/05/2009.
[11] *Tabagismo: Um grave problema de saúde pública*. Instituto Nacional do Câncer – INCA. 2007.

A tão só celebração de um tratado internacional de saúde pública voltado ao controle do tabagismo já é razão suficiente para conferir notoriedade aos malefícios do cigarro. A comunidade internacional, incluído o Brasil, reconhece que a ciência demonstrou de maneira inequívoca que o consumo e a exposição à fumaça do tabaco são causas de mortalidade, morbidade e incapacidade (Preâmbulo da CQCT).

No Brasil, o Instituto Nacional do Câncer, órgão ligado ao Ministério da Saúde, mantém um setor especificamente voltado para o controle do tabagismo. De sua página eletrônica[12] colhe-se:

Doenças associadas ao uso dos derivados do tabaco
Muitos estudos desenvolvidos até o momento evidenciam sempre o mesmo: o consumo de derivados do tabaco causa quase 50 doenças diferentes, principalmente as doenças cardiovasculares (infarto, angina) o câncer e as doenças respiratórias obstrutivas crônicas (enfisema e bronquite).

Além disso, esses estudos mostram que o tabagismo é responsável por:
⇨ 200 mil mortes por ano no Brasil (23 pessoas por hora);
⇨ 25% das mortes causadas por doença coronariana - angina e infarto do miocárdio;
⇨ 45% das mortes causadas por doença coronariana na faixa etária abaixo dos 60 anos;
⇨ 45% das mortes por infarto agudo do miocárdio na faixa etária abaixo de 65 anos;
⇨ 85% das mortes causadas por bronquite e enfisema;
⇨ 90% dos casos de câncer no pulmão (entre os 10% restantes, 1/3 é de fumantes passivos);
⇨ 30% das mortes decorrentes de outros tipos de câncer (de boca, laringe, faringe, esôfago, pâncreas, rim, bexiga e colo de útero);
⇨ 25% das doenças vasculares (entre elas, derrame cerebral).

O tabagismo ainda pode causar:
⇨ impotência sexual no homem;
⇨ complicações na gravidez;
⇨ aneurismas arteriais;
⇨ úlcera do aparelho digestivo;
⇨ infecções respiratórias;
⇨ trombose vascular.

As doenças cardiovasculares e o câncer são as principais causas de morte por doença no Brasil, sendo que o câncer de pulmão é a primeira causa de morte por câncer. As estimativas sobre a incidência e mortalidade por câncer no Brasil,

[12] http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=atento&link=doencas.htm

publicadas anualmente pelo INCA indicam que, em 2003, 22.085 pessoas deverão adoecer de câncer de pulmão (15.165 entre homens e 6.920 entre mulheres) causando cerca de 16.230 mortes. Desse total de óbitos, 11.315 deverão ocorrer entre os homens e 4.915 entre mulheres.

Porém, ao parar de fumar, o risco de ter essas doenças vai diminuindo gradativamente e o organismo do ex-fumante vai se restabelecendo.

Fontes:
BANCO MUNDIAL, 1999. A epidemia do tabagismo: Os governos e os aspectos econômicos do controle do Tabaco. The World Bank, agosto.

Doll R, Peto R. 9ª Conferência Mundial sobre Tabacco e saúde. Paris, 1994.

Doll, R. & Peto,R.; Wheatley K, et al. Mortality in relation to smoking: 40 years'observations on male. British Doctors. BMJ, 309: 301-310, 1994.

International Agency of Reaserch in Cancer (IARC). Environmental Carcinogens mathods of analysis and exposure measurement. Passive Smoking. Vol 9, Scientific Publications n.31, Lyon, France 1987.

Ministério da Saúde. Secretaria de Assistência à Saúde. Instituto Nacional de Câncer - INCA, Falando sobre Tabagismo. 3ª edição, 1998.

MINISTERIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Câncer/Fundação Getúlio Vargas. Cigarro Brasileiro. Análises e Propostas para Redução do Consumo. Rio de Janeiro, 2000.

Ministério da Saúde. Secretaria de Assistência à Saúde. Instituto Nacional de Câncer - INCA. Estimativas da Incidência e Mortalidade por Câncer. Rio de Janeiro: INCA, 2002.

ROSEMBERG, J. Pandemia do tabagismo – Enfoques Históricos e Atuais São Paulo – SES, 2002.

U.S. Department of Health and Human Services. The health consequences smoking: a report of the Surgeon General. Washington DC; U.S. Government Printing Office, 2004.

World Health Organization. World no-Tobacco Day. Tobacco and poverty: a vicious circle, 2004.

World Health Organization (WHO). Tobbaco Free Iniciative. http://www.who.int/tobacco/en

É o Governo Brasileiro quem faz as declarações acima! Todas as informações estão embasadas em estudos científicos e em dados da Organização Mundial de Saúde.

(ii) Dependência

A nicotina causa dependência física e psíquica. Sua ausência causa síndrome de abstinência, implicando em diversos sintomas desagradáveis. Ela *"escraviza o fumante. (...) A nicotina sendo a responsável pela dependência físico-*

química, torna-se a maior propulsora da pandemia do tabagismo, por sua vez agente causal de mortalidade prematura."[13]

Segundo Rosemberg[14], daqueles que se iniciam no tabagismo aos 14 anos, 90% estão dependentes aos 19. Aqueles que começam a fumar entre 14 e 16 anos desenvolvem maior dependência da nicotina em comparação àqueles que fumaram o primeiro cigarro depois dos 20 anos de idade.

Não bastasse as fabricantes de cigarro saberem há mais de 50 anos que a nicotina causa dependência, manipulam a nicotina com adição de amônia há décadas. Rosemberg[15] relata o êxito da Philip Morris há mais de 30 anos, quando passou a incorporar a amônia no tabaco dos cigarros Malboro, universalizando seu consumo, alcançando a liderança do mercado e deixando a British American Tobacco em segundo lugar. Tal feito universalizou o uso da amônia pela indústria tabagista. A análise de cinco marcas de cigarros brasileiros revelou níveis de amônia de 13.15 a 14.96 microgramas na corrente principal da fumaça, que é a tragada pelo fumante[16].

Histórica sentença norte-americana de 2006 (doc 8), recém confirmada pela Corte de Apelação do Distrito de Colúmbia[17], expôs os documentos internos das multinacionais fabricantes de cigarros e reconheceu não só a estratégia de negar que a nicotina vicia, apesar de saber disso desde a década de 1940, como revelou a disseminada prática de manipulação da nicotina pelas empresas tabageiras.

Nessa mesma linha, o famoso oncologista Drauzio Varela vem divulgando, ora em sua coluna na Folha de São Paulo ora em sua página eletrônica, estudos

[13] José Rosemberg. Nicotina: droga universal. São Paulo: SES/CVE, 2003, p.21
[14] José Rosemberg. *Nicotina: droga universal*. São Paulo: SES/CVE, 2003, p. 28.
[15] Op. Cit. p. 11/12
[16] Op. Cit. p. 12
[17] Decisão proferida em 22/5/2009: http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/237_apelacaosentecaKessleroriginal.PDF

sobre o poder viciante da nicotina. Em recente artigo anotou: *"A nicotina provoca dependência química tão forte, que, dos 20 milhões de americanos que tentam largar de fumar anualmente, apenas 6% conseguem."*[18]

Em outro artigo alerta sobre o poder da nicotina sobre seus dependentes[19]:

> *"A nicotina é um alcalóide. Fumada, é absorvida rapidamente nos pulmões, vai para o coração e, através do sangue arterial, se espalha pelo corpo todo e atinge o cérebro. No sistema nervoso central, age em receptores ligados às sensações de prazer. Esses, uma vez estimulados, comunicam-se com os circuitos de neurônios responsáveis pelo comportamento associado à busca do prazer. De todas as drogas conhecidas, é a que mais dependência química provoca. Vicia mais do que álcool, cocaína, morfina e crack. E vicia depressa: de cada dez adolescentes que experimentam o cigarro quatro vezes, seis se tornam dependentes para o resto da vida.*
>
> *A droga provoca crise de abstinência insuportável. Sem fumar, o dependente entra num quadro de ansiedade crescente, que só passa com uma tragada. Enquanto as demais drogas dão trégua de dias, ou pelo menos de muitas horas, ao usuário, as crises de abstinência da nicotina se sucedem em intervalos de minutos. Para evitá-las, o fumante precisa ter o maço ao alcance da mão; sem ele, parece que está faltando uma parte do corpo. Como o álcool dissolve a nicotina e favorece sua excreção por aumentar a diurese, quando o fumante bebe, as crises de abstinência se repetem em intervalos tão curtos que ele mal acaba de fumar um, já acende outro."*[20]

O Ministério da Saúde norte americano vêm editando de forma reiterada relatórios sobre os males do tabagismo e sobre a dependência à nicotina. Em relatório de maio de 2008 o tema veio novamente à tona confirmando sua notoriedade e consenso científico:
http://www.surgeongeneral.gov/tobacco/treating_tobacco_use08.pdf

---

[18] http://drauziovarella.ig.com.br/artigos/trespesquisas2.asp acesso em 19/5/2009
[19] Há ainda outros textos desse autor sobre o tema, tais como:
http://drauziovarella.ig.com.br/artigos/dependenciafatal.asp
http://drauziovarella.ig.com.br/artigos/absnicotina.asp
[20] http://drauziovarella.ig.com.br/artigos/cigarro.asp acessado em 19/5/2009

Vale frisar que o consenso científico foi atingido em razão do trabalho de médicos e cientistas. Por mais valoroso que seja o trabalho de juristas, não estão eles habilitados a definir a dependência à nicotina. Nós, advogados, devemos nos restringir à temática afeita à nossa *expertise*, e nos socorrer de *experts* de outras áreas sobre as quais nada podemos acrescentar.

No caso da co-ré Souza Cruz, choca a sua tentativa de negar o fato de a nicotina viciar, conforme o faz em sua contestação, em especial às fls. 175 a 183. Exa., o jogo de palavras não pode contrariar o que a comunidade científica e de saúde já reconhece há anos: a nicotina causa dependência! Fato esse sabido por ambas as co-rés.

A estratégia de tentar dissuadir a verdade dos fatos, não só nesses autos, mas em todas as ações movidas por fumantes e familiares, merece ser penalizada por enquadrar-se nos casos de litigância de má-fé do art. 17 do CPC.

Aliás, após anos negando a dependência à nicotina, a co-ré Philip Morris passou a fazer constar de sua página eletrônica o seguinte texto, que serve como confissão sobre o fato[21]:

Uma mensagem clara e consistente

Fumar cigarro causa dependência. Pode ser muito difícil deixar de fumar, mas, se você é um fumante, isso não deve impedi-lo de tentar fazê-lo.

Fumar cigarro causa câncer de pulmão, doenças cardíacas, enfisema e outras doenças graves em fumantes. Fumantes são muito mais propensos a desenvolver doenças como o câncer de pulmão do que não-fumantes. Não existe cigarro seguro.

"Fumar cigarro é perigoso e causa dependência.

[21] http://www.philipmorrisinternational.com/BR/pages/por_BR/smoking/S_and_H.asp acessado em 19/5/2009.

Vejamos o que nos revela a histórica sentença norte-americana de 2006 (doc. 8), confirmada em 22/5/2009 pela Corte de Apelação do Distrito de Columbia[22], *verbis*:

> ***1.359.*** *Durante cerca de 40 anos, os Réus vieram a público para contestar, repetida e veementemente, o caráter viciante do tabagismo e o papel central da nicotina no processo. Suas contestações foram causadas por medo de ... regulamentação pelas agências governamentais (ou seja, da FDA) e de possíveis processos judiciais movidos por fumantes com problemas de saúde provocados pela dependência do tabagismo. Também os moveram a queda da aceitação social do fumo e, em última instância, a perda de lucratividade das empresas.*
>
> ***1.360.*** *Não resta dúvida de que a comunidade de saúde pública não dispunha do mesmo conhecimento profundo e sofisticado sobre os efeitos e o papel da nicotina que os Réus possuíam. Colocando em termos simples: se o* Surgeon General *possuísse as mesmas informações e dados que os Réus possuíam antes da publicação do relatório de 1964, simplesmente não seria possível que os tivesse ignorado.*
>
> ***1.365.*** *Repetidas vezes, os Réus desonestamente negaram esses fatos aos fumantes (habituais e potenciais), às agências regulatórias governamentais, à comunidade da saúde pública e ao público americano em geral."*[23]

A dependência à nicotina é, portanto, fato público e notório. As empresas fabricantes de cigarros jamais revelaram esse fato em sua publicidade ou nas embalagens de cigarros. Antes ao contrário, tentaram dissuadir os consumidores sobre a verdade dos fatos e hoje, no Brasil, só mantêm

[22] http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/237_apelacaosentecaKesslerorigINAL.PDF
[23] Juíza Gladys Kessler, in Tobacco Control Legal Consortium, *The Verdict Is In: Findings from* United States v. Philip Morris (2006). Tradução para o Português pela ACT – Aliança para o Controle do Tabagismo (2008), p. 20.

advertências em suas embalagens e publicidade por determinação legal – que contestam na Justiça. Evidente seu dever de indenizar.

(iii) A estratégia das fabricantes de cigarros de negar tais fatos

Não obstante os consensos científicos alcançados sobre os temas acima, as fabricantes de cigarros sempre procuraram negá-los seja através de cientistas por elas financiados, seja através de sua publicidade ou de uma ampla rede de relações públicas.

A intenção é deixar a idéia de que os temas são questões em aberto, e não consensos científicos. Isto fica evidente nos documentos internos dessas empresas hoje de conhecimento público, conforme trecho da histórica sentença norte-americana de 2006 confirmada em 22/5/2009 pela Corte de Apelação do Distrito de Columbia[24]:

> *"O Réus perceberam – e aproveitaram – os argumentos de negação e racionalização utilizados pelos fumantes. Em um memorando para Joseph F. Cullman, George Weissman, Vice-Presidente Executivo Overseas (Internacional) da Philip Morris afirma, emreação ao relatórios de 1964 do Surgeon General (Ministério da Saúde americano): 'No futuro, devemos dar respostas que ofereçam aos fumantes uma muleta psicológica, uma racionalização para continuar fumando.' Entre as 'muletas' e 'racionalizações' propostas estavam questões de teor médico, como 'mais pesquisas são necessárias' e 'existem contradições' e 'discrepâncias'.*[25]

Essa estratégia desinformou governos, opinião pública e fumantes que, munidos de argumentos que colocavam em dúvida os estudos científicos, encontravam justificativa para manterem sua dependência. Assim, os

[24] http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/237_apelacaosentecaKessleroriginal.PDF
[25] Idem, p. 11.

argumentos das co-rés de que os malefícios do cigarro seriam conhecidos há tempos não procede na medida em que elas próprias contribuíram para que tais informações não chegassem aos consumidores.

4. *MARKETING* PARA JOVENS: O QUE SE SABE SOBRE AS ESTRATÉGIAS DAS FABRICANTES DE CIGARROS

Se as empresas tabagistas realmente eliminassem o marketing para crianças, estariam fora do mercado em 25 ou 30 anos, porque não teriam consumidores suficientes para manter seus negócios.

Bennett LeBow, Presidente da Vector Holdings Group

O objetivo das fabricantes de cigarros é e sempre foi aliciar novos consumidores para o seu nocivo produto. Foi através da publicidade que o cigarro ganhou o mundo, tornou-se símbolo de status, modernidade, independência, rito de passagem para a vida adulta.

A estreita ligação entre a indústria tabagista e a cinematográfica criou mitos como Gilda (Rita Hayworth) e Rick (Humphrey Bogar em Casablanca)[26]. Durante muito tempo as empresas fabricantes de cigarros utilizaram médicos em suas propagandas e slogans como *"20.679 médicos confirmam o fato de que Lucky Strike é menos irritante à garganta que outros cigarros"*[27]

Os fabricantes de cigarro precisam renovar seus consumidores que param ou morrem, muitas vezes em decorrência do tabagismo. Para tanto, precisam investir em crianças e adolescentes já que 90% dos fumantes iniciam até os 18 anos e 50% dos que experimentam um cigarro se tornam fumantes na vida adulta[28]

[26] Mario Cesar Carvalho, *O cigarro*, op. Cit.
[27] Lúcio Delfino, *Responsabilidade Civil e Tabagismo*. Op. Cit., p. 296.
[28] Brasil. Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer – INCA. Coordenação de Prevenção e Vigilância (CONPREV). *Abordagem e Tratametno do Fumante – Consenso 2001. Rio de Janeiro: INCA, 2001.*

Não só os documentos secretos das fabricantes de cigarro indicam quem é seu público alvo[29], mas publicitários nacionais também já revelaram o que pretende o *marketing* do cigarro. Julio Ribeiro, respeitado publicitário fundador da agência Talent, em carta a Gilberto Dimenstein, da Folha de São Paulo, em 1998, assim se manifestou:

> *"Anos atrás, eu trabalhava numa agência e estava apresentando um plano de mídia para o diretor de marketing de uma companhia de cigarros. O público-alvo proposto pela mídia era composto por pessoas acima de 16 anos. Mas o diretor de marketing mandou corrigir o plano,* ***pedindo para considerar como público-alvo pessoas a partir de 12 anos****. Me recusei a fazer e acabamos perdendo a conta. Deste dia em diante constatei que eu nunca poderia fazer campanhas de cigarro. Se acabasse a propaganda de cigarro, todas as agências, veículos, fornecedores e a economia brasileira sobreviveriam. Possivelmente muito melhor, com um povo mais sadio."* (Revista Trip no. 67, 1998, grifos incluídos – doc 12).

A investida em crianças é tão chocante que antes da proibição do uso da imagem de "Joe Camel, o camelo boa praça", em publicidades, este era tão reconhecido entre as crianças quanto Mickey Mouse (Revista Trip no. 67 – doc 12).

Gilberto Dimenstein, em artigo para a Folha de São Paulo em 26.7.1998, transcrito na Revista Trip no. 67 afirma: *"O jogo da indústria do fumo, regido pelas mais modernas técnicas de marketing, é dos mais sujos que se pode arquitetar: querem o adolescente, imerso numa fase de afirmação, testes de risco e limites, imaginando-se imortal".*

Mantendo estratagema internacional, as co-rés reiteram o discurso inverossímil de que o cigarro é produto "maduro", que não necessita de novos

[29] *Marketing to America's youth: evidence from corporate documents*, K M Cummings, C P Morley, J K Horan, C Steger and N-R Leavell, *Tobacco Control* 2002;11;5-17, http://tobaccocontrol.bmj.com/cgi/content/full/11/suppl_1/i5 acesso em 21/05/2009.

consumidores. A publicidade, por essa teoria, serviria apenas para a disputa entre marcas.

O cigarro não é, nem nunca foi *"um produto maduro".*

Fabio Ulhôa Coelho, em resposta à consulta das fabricantes, afirma que há indissociável relação entre os dois efeitos da publicidade: motivar o consumo e informar (fls.). Ora, se é efeito da publicidade motivar o consumo, não há que se falar em *produto maduro*.

Aliás, essa reiteração de expressões como *"consumidor maduro, suficientemente informado"*, pretende convencer de que a publicidade é voltada aos já fumantes, pessoas adultas, quando a verdade da publicidade é totalmente outra: seu público alvo são crianças, adolescentes e jovens.

Yussuf Saloojee e Ross Hammond[30] desmascararam o argumento da *disputa por consumidores já fumantes* em estudo de 2001 em que comprovam que fumantes são fiéis às marcas escolhidas e muito poucos trocam de marca. Nos Estados Unidos, por exemplo, menos de 10% dos fumantes adultos mudaram de marca em determinado ano, e muito dessa troca se deu entre marcas da mesma família, por exemplo, do Malboro para o Malboro Lights. Em 1986 apenas 6,7% dos fumantes mudaram para a marca de uma companhia rival.

Mais: os pesquisadores revelaram que as companhias de tabaco fazem publicidade pesada em países em que possuem monopólio virtual das vendas. Com 98% do mercado em países como Nicarágua, Honduras, Ghana e SriLanka, a B.A.T, grupo do qual a Souza Cruz faz parte, deveria advogar o fim da publicidade, blindando sua fatia no mercado.

No Brasil, de 85% a 90% do mercado legal está nas mãos de Souza Cruz e Philip Morris (docs. 17 a 19). Se a mudança de marcas fosse o objetivo da publicidade as duas colocariam em risco sua fatia no mercado em relação às

[30] *Fatal Deception: The tobacco industry's "new" global standards for tobacco Marketing*, Tobacco Control: Reports on Industry Activity (University of California), 2001 Paper WHO3 http://repositories.cdlib.org/tc/reports/WHO3 acessado em 21/05/2009

demais 8 empresas do ramo que se espremem em apenas 15% de participação[31] (doc 16).

Aliás, é a própria líder do mercado, a co-ré Souza Cruz, quem anuncia a fidelidade de seus clientes. Em entrevista dada por Ricardo de Pádua, Gerente de Comunicação para o Varejo da Souza Cruz ao site Mundo do Marketing (http://www.mundodomarketing.com.br/materia.asp?codmateria=4009 acessado em 18/5/2009) este afirma que o índice de lealdade dos consumidores de cigarros chega a 50% (doc 20).

Em reportagem do Portal Exame de 14.6.2007 sobre como as restrições publicitárias podem afetar o mercado de cerveja no Brasil (doc 21), a matéria esclarece que *"Em situações de restrição de propaganda, o líder costuma manter a dianteira. As empresas que desfrutam de boa situação no mercado não sobem, mas também não descem. A Philip Morris, por exemplo, manteve os 14% de participação que tinha à época da proibição da publicidade de cigarro. O problema maior é enfrentado por concorrentes que desejam entrar na disputa"*.

Matéria da revista Trip no. 67 (doc. 12), em 1998, antes, portanto, da Lei 10.167/2000, criticava o governo por permitir a publicidade de cigarros e a vinculação desse produto a esportes radicais. Denunciava a investida das multinacionais do tabagismo nos países abaixo da linha do equador, posto que sem regulamentações restritivas para o uso, comercialização e publicidade do tabaco, como já eram, na época, os EUA e países Europeus.

Há um sem número de estudos científicos demonstrando que as fabricantes de cigarros visam novos fumantes, bem como aqueles que querem parar de fumar[32].

---

[31] http://www.receita.fazenda.gov.br/destinacaomercadorias/programanaccombcigarroilegal/estabfabropbrasil.htm acessado em 21/05/2009

[32] *Profits Over People: Tobacco Industry Activities to Market Cigarettes and Undermine Public Health in Latin America and the Caribbean*. Pan American Health Organization. November 2002 (http://www.paho.org/English/DD/PUB/profits_over_people.pdf - acessado em 21/5/2009); *How*

A publicidade do cigarro gera confusão na mente dos consumidores. Como um produto que faz tão mal à saúde pode ser anunciado livremente? Estudo de 2002 revelou que a publicidade de cigarro diminui a capacidade e credibilidade dos pais em advertir seus filhos a não fumar[33]. Não é por menos. Segundo Cláudia Lima Marques[34]:

> *"(...) não somente as empresas (do tabaco) desinformaram voluntariamente seus milhares de consumidores, como enviaram mensagens que – para estes leigos – eram aceitáveis e acreditáveis. Em outras palavras, a informação publicitária (imagens, induções, sons, risos, frases, personagens, situações de esporte, lazer, prazer etc.) é recebida e processada por um leigo, o consumidor brasileiro, que nela acredita, de forma totalmente escusável!"*

Segundo pesquisa de 2006 da Associação Brasileira de Propaganda (ABP)[35] (doc 22), 53% das pessoas afirma que a propaganda influencia muito seu comportamento e 36% que ela influencia mais ou menos, somando 89% o público que de alguma forma é influenciado em seu comportamento pela propaganda. A pesquisa ainda revela que 78% das pessoas ficam sabendo da existência do produto pela propaganda e 63% tem vontade de comprar o produto que viu na propaganda.

Cigarette Advertising Works: Rich Imagery and Poor Information. Richard W. Pollay (October 30, 2000). History of Advertising Archives. Faculty of Commerce, UBC. Vancouver, Canada V6T IZ2; *Young Adults: Vulnerable New Targets of Tobacco Marketing*, Lois Biener, PhD, and Alison B. Albers, PhD, American Journal of Public Health, February 2004, Vol 94, No. 2 , 326-330; *Fatal Deception: The tobacco industry's "new" global standards for tobacco Marketing*, Yussuf Saloojee e Ross Hammond, Tobacco Control: Reports on Industry Activity (University of California), 2001 Paper WHO3, http://repositories.cdlib.org/tc/reports/WHO3 acessado em 21/5/2009.

[33] *Does Tobacco Marketing Undermine the Influence of Recommended Parenting in Discouraging Adolescents from Smoking?* John P. Pierce, PhD, Janet M. Distefan, PhD, Christine Jackson, PhD, Martha M. White, MS, Elizabeth A. Gilpin, MS - American Journal of Preventive Medicine, 2002, vol. 23, no. 2, p. 73-81.

[34] *Apud* Lúcio Delfino, *Responsabilidade Civil e Tabagismo*, Curitiba: Ed. Juruá, 2008, p. 298

[35] *A IMAGEM DA PROPAGANDA NO BRASIL* - Terceira medição – ano 2006, Pesquisa encomendada ao IBOPE pela ABP- Associação Brasileira de Propaganda - Série histórica iniciada em 2002.

Em outro estudo, Pollay[36] aponta que a promoção, publicidade e patrocínio de eventos é importante para as fabricantes de cigarros pois modula e reforça a percepção do ato de fumar, possibilitando a aprovação social do tabagismo e reafirmando as características de independência e auto-confiança vinculadas ao ato de fumar.

As fabricantes de cigarros buscam com a publicidade influenciar percepções e atitudes não só de fumantes, mas também de pais e pares dos jovens fumantes. As imagens na publicidade de cigarros são cuidadosamente criadas e controladas por pesquisas sobre o público alvo e sua reação aos esforços promocionais.

São os próprios documentos internos da indústria que confirmam que ela continua buscando novos consumidores em estratégias de *marketing* cada vez mais agressivas[37].

Em seção específica em que tratou do *marketing* para jovens, a histórica sentença norte americana de 2006 (doc. 8), explicitou as provas de que as fabricantes monitoram o comportamento dos jovens e usam essas informações para criar campanhas de *marketing* altamente sofisticadas, com o objetivo de incentivar os jovens a começar a fumar e a continuar fumando. A sentença revelou que as empresas procuram manter sua lucratividade atraindo os jovens para seu mercado, visando substituir com esses novos fumantes aqueles que morrem ou deixam de fumar.[38]

---

[36] *How Cigarette Advertising Works: Rich Imagery and Poor Information.* Richard W. Pollay (October 30, 2000). History of Advertising Archives. Faculty of Commerce, UBC. Vancouver, Canada V6T IZ2.

[37] *Marketing to America's youth: evidence from corporate documents*, K M Cummings, C P Morley, J K Horan, C Steger and N-R Leavell, *Tobacco Control* 2002;11;5-17, http://tobaccocontrol.bmj.com/cgi/content/full/11/suppl_1/i5 acesso em 21/5/2009.

[38] Juíza Gladys Kessler, in Tobacco Control Legal Consortium, *The Verdict Is In: Findings from* United States v. Philip Morris (2006). Tradução para o Português pela ACT – Aliança para o Controle do Tabagismo (2008).

A sentença revela ainda que as fabricantes poliram a imagem de suas marcas jovens para que comunicassem independência, vigor, rebeldia, amor à vida, aventura, confiança, auto-afirmação e uma atitude "*in*".

Em documento intitulado *"Como Atrair para Nossas Marcas Novos Fumantes e Consumidores de Outras Marcas"*, alto executivo de uma das fabricantes afirma:

> *As tentativas de atrair jovens fumantes ou iniciantes devem-se basear... nos seguintes parâmetros: apresentar o cigarro como uma das formas de entrar no mundo adulto. Apresentar o cigarro como parte da categoria de produtos e atividades relacionados com prazeres ilícitos... Tangenciar os símbolos básicos do processo de crescimento e maturidade. Relacionar o máximo possível (considerando algumas restrições legais) o cigarro com "baseado", vinho, cerveja, sexo, etc.*[39]

Conforme Pollay[40], há também estratégias de *marketing* para aqueles que gostariam de parar de fumar por questões de saúde. Segundo o pesquisador, são grandes as tentativas de parar de fumar e as empresas estão muito atentas e preocupadas com esse público, motivo pelo qual passam mensagens para lhes dar conforto psicológico e reassegurá-los a continuar fumando.

A publicidade é, e sempre foi, voltada para incentivar novos consumidores. O argumento de suposta *maturidade* do cigarro não resiste sequer à citada pesquisa da ABP, que se dirá diante da larga prova obtida nos próprios documentos internos das empresas fabricantes de cigarros.

Basta que recordemos os famosos comerciais de marcas como Hollywood, Malboro, Free ou Camel para identificarmos imediatamente a quem se dirigem.

---

[39] Juíza Glady Kessler.

[40] *How Cigarette Advertising Works: Rich Imagery and Poor Information.* R*ichard W. Pollay (October 30, 2000).* History of Advertising Archives. Faculty of Commerce, UBC. Vancouver, Canada V6T IZ2

Como se vê, a influência da publicidade na iniciação dos jovens está mais do que comprovada e deve ser considerada no julgamento da presente ação.

5. AS CO-RÉS CONTINUAM FAZENDO PUBLICIDADE DE SEUS PRODUTOS E DIRIGINDO-A A CRIANÇAS, ADOLESCENTES E JOVENS

A publicidade de cigarros continua de *"vento em popa"*, apesar da lei 10.167/2000, que restringiu a publicidade a pôsteres, cartazes e painéis na parte interna dos pontos de venda.

Em todos os países em que há restrição de alguma forma de publicidade, os milionários recursos em propaganda são imediatamente redirecionados às mídias ainda permitidas[41] [42].

Foi exatamente o que ocorreu no Brasil. Matéria do Portal Exame de 14.6.2007 (doc. 21) alerta que *"diante das restrições aos anúncios, as fabricantes de cigarros foram obrigadas a reinventar a forma de vender seus produtos (...). Antes da proibição, a indústria do fumo estava entre os maiores anunciantes do país. Somente uma das campanhas da Souza Cruz, criada para a marca Hollywood, envolveu investimentos de 5,5 milhões de dólares dois anos antes da proibição. (...) Por fim, não menos importante, as fabricantes de cigarros aumentaram drasticamente sua presença em pontos-de-venda – a Souza Cruz tem cerca de 350.000 deles espalhados pelo país, número cerca de 40% maior que o da Philip Morris."*

Conforme Ricardo de Pádua, gerente de Comunicação para o varejo da Souza Cruz, *"Existem diversas mídias e hoje as tradicionais mídias de massa não são*

[41] Wilm Quentin, Simone Neubauer, Reiner Leidl, Hans-Helmut König, *Advertising bans as a means of tobacco control policy: a systematic literature review of time-series analyses*, International Journal of Public Health 52 (2007) 295–307.
[42] *The effect of tobacco advertising bans on tobacco consumption*, Journal of Health Economics 19_2000.1117–1137.

mais tão eficientes"[43] (doc 20). A capacidade das empresas de reinventar a forma de cooptar novos dependentes é surpreendente. Vejamos:

Pontos de Venda

Tendo em vista que a legislação restringiu a publicidade a pontos de venda, estes estão cada vez mais sofisticados. Jovens saem pelos bares e baladas noturnas das grandes cidades travestidos, eles próprios, de pontos de venda (doc 32). Vendem cigarros a preços promocionais e cadastram outros jovens para participação em eventos fechados, patrocinados pelas fabricantes de cigarros.

Também foram criados pontos de venda em milhares de eventos culturais e esportivos espalhados por todo o país. Nesses eventos os pontos de venda se transformam em ambientes coloridos, divertidos, temáticos, luminosos, especialmente atrativos e sedutores aos jovens (docs 24 a 32) .

Nesses locais há sofás em forma de cigarros, como no caso do Free, ou o próprio ambiente lembra um maço, como no caso do Carlton. Há ambientes praianos, com coqueiros e imagens do mar, tendas árabes, selvas estilizadas etc. Todos esses espaços são acolhedores e confortáveis e, em sua maioria absoluta, freqüentados por jovens.

Embalagens

As embalagens também passaram a ser um dos principais meios de comunicação entre as fabricantes de cigarros e seu público alvo. Conforme declaração de Tânia Cavalcante, secretária-executiva da Comissão Interministerial para Implementação da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco, ao jornal O Estado de São Paulo, em 20.3.2008, *"documentos da indústria mostram que a embalagem é um ponto importantíssimo na estratégia de venda"*.

[43] http://www.mundodomarketing.com.br/materia.asp?codmateria=4009 acessado em 21/05/2009

Séries limitadas de determinada embalagem, mudança na forma de abri-la, novas cores e formatos, brindes tais como isqueiros, CDs, relógios digitais, mochilas e promoções na aquisição de cigarro a preços reduzidos são algumas das estratégias utilizadas pelas co-rés (docs 33 a 48). Exemplo disso é a edição limitada de Free denominada "Free Hype Hobbies" em que os maços são apresentados em cinco modelos diferentes, todos com motivos evidentemente direcionados a adolescentes e, quiçá, crianças, e não ao "adulto maduro e bem informado" que as co-rés afirmam ser seu público alvo.

Cigarros temáticos são vez por outra lançados como "Hollywood: o sabor do oriente", "Hollywood: o sabor da América", "Hollywood: o sabor do Caribe", "Hollywood: o sabor da Austrália" (doc 26).

Instruem a presente fotos de diversas embalagens e brindes que têm preenchido os pontos de venda e, por que não, o imaginário de crianças e adolescentes do país (docs. 24 a 48).

Responsabilidade Social Empresarial

Outro foco de investimento das fabricantes de cigarros é o discurso de responsabilidade social empresarial que ganha cada vez mais espaço institucional e na mídia em geral. Programas como *Diálogos Universitários*, promovidos pela co-ré Souza Cruz nas universidades de todo o país, reúnem milhares de jovens para ver e ouvir ídolos como Caco Barcelos, Nelson Motta, Família Schürmann, Bernardinho, Lars Grael, Gustavo Borges, Roberto Justus entre outros.

Segundo o site da Souza Cruz (http://www.dialogosuniversitarios.com.br/), mais de 28 mil jovens já participaram de mais de 40 desses encontros nas 5 regiões do país. Apresentado o orador e demais participantes do evento, todos os que compõem a mesa se retiram à platéia para, atribuindo ares de solenidade, assistir ao vídeo institucional da Souza Cruz em que os motes são "quem

pratica o diálogo, pratica a democracia", "liberdade de escolha" e "liberdade de expressão".

É notório o abuso das duas co-rés ao seu direito de produzir e comercializar cigarros. Lúcio Delfino[44] assinala que as empresas fabricantes de cigarros, através do discurso de "responsabilidade social", "*descobriu uma nova estratégia de divulgar seus produtos e mantê-los no mercado, garantindo, por conseqüência, seus vultosos lucros, mesmo diante da onda antitabagista que atinge o setor.*"

Essas novas estratégias de *marketing* têm sido muito bem sucedidas. Conforme matéria do Portal EXAME de 14.6.2007 (doc 21), a Souza Cruz, num primeiro momento após a restrição à publicidade teve queda em seu faturamento de 8,1 bilhões de reais para 6,5 bilhões entre 2000 e 2003. "*'Levamos dois anos para conseguir nos adaptar à nova realidade', diz Christopher Montenegro, ex-executivo da Souza Cruz e atual sócio-diretor da agência carioca POP Marketing, especializada em comunicação nos pontos-de-venda. (...). No caso da Souza Cruz, a hemorragia financeira foi estancada em 2004, quando a empresa apresentou crescimento de 3% em relação ao ano anterior. Em 2006, a Souza Cruz conseguiu voltar aos patamares de faturamento pré-proibição, com vendas de 8,6 bilhões de reais, e conquistou 1% a mais de participação de mercado, basicamente à custa dos concorrentes.*"

Tão acertada é a estratégia de investir em mídias alternativas que 69% das pessoas entrevistadas pela ABP em sua última pesquisa sobre a imagem da propaganda no Brasil (doc 22) <u>afirmaram que nenhum produto sofre restrição de propaganda ou não se lembram de nenhum</u>. Em 2006 apenas 21% lembraram do cigarro como produto cuja publicidade é restrita. Esse número era de 26% em 2002 e de 25% em 2004. A publicidade tem tido tal sucesso que o público cada vez menos percebe a existência da restrição.

[44] Lúcio Delfino, *Responsabilidade Civil e Tabagismo*, Curitiba: Ed. Juruá, 2008, p. 320.

De acordo com a *Campaign for Tobacco Free Kids*[45], organização com mais de 130 parceiros nas áreas de saúde pública, medicina, educação, cidadania, juventude entre outros, as maiores companhias de cigarros gastam mais de US$ 5.5 bilhões por ano para promover seus produtos; 30% dos adolescentes entre 12 e 17 anos, fumantes ou não, têm pelo menos um item promocional de tabaco como camiseta, mochila e CD players; adolescentes são mais influenciados a fumar por publicidade do que por pressão de seus pares; e, adolescentes são três vezes mais sensíveis à publicidade de cigarro do que adultos.

Não é por acaso que crianças e adolescentes conhecem as marcas de cigarros existentes no mercado. Relatório elaborado por associação canadense[46] sobre a influência da publicidade nos pontos de venda sobre as crianças revela que naquele país mais de 60% dos jovens de famílias não fumantes acredita que a publicidade de pontos de venda pode influenciar crianças a tentar fumar. Mais: 40% das crianças de famílias não fumantes nomearam espontaneamente marcas de cigarros. Frise-se que no Canadá a publicidade de tabaco está banida da televisão e do rádio.

No Brasil, a mencionada pesquisa da ABP (doc. 22) informa que 57% das pessoas presta atenção em placas, outdoors e cartazes, confirmando que a publicidade de cigarros continua atingindo um grande público.

Pesquisa DATAFOLHA[47] de dezembro/2008 com 560 jovens de ambos os sexos entre 12 e 22 anos, em 6 capitais, revela que 42% citam espontaneamente cigarros quando perguntados sobre quais produtos lembram de ver à venda no caixa de postos de gasolina, lojas de conveniência, supermercados, padarias, bares, bancas de jornal e ou por camelôs. Esse é o

---

[45] http://www.tobaccofreekids.org/reports/smokescreen/marketingkids.shtml acessado 21/05/2009

[46] *The Influence of Tobacco Powerwall Advertising on Children: A report for the Non-Smokers' Rights Association/and the Smoking and Health Action Foudation*. J Gottheil Marketing Communication Inc., March 2005, http://www.nsra-adnf.ca/cms/file/pdf/Tobacco_Powerwalls.pdf acessado em 21/5/2009.

[47] http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/222_Datafolha-pontos-de-venda-2008.pdf

2º produto mais citado, atrás apenas de produtos de bomboniére, que atingem 83% das menções.

A pesquisa revela que a maioria dos jovens acha que a exposição de cigarros nesses locais tem influência na iniciação ao fumo. Para 37% essa exposição influencia muito e, para 34%, influencia mais ou menos as pessoas a começar a fumar, totalizando 71%. Apenas 28% acham que essa exposição não tem qualquer influência na iniciação dos fumantes.

Os jovens entrevistados demonstraram conhecer em média três diferentes tipos de marcas de cigarro e, no caso do grupo de fumante este número sobe para 4 marcas.

6. TODA PUBLICIDADE DE CIGARRO É ENGANOSA E ABUSIVA

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin assinala não haver sociedade de consumo sem publicidade, símbolo próprio e verdadeiro da sociedade moderna. Essa importância alcançada pela publicidade na sociedade atual exige seu regramento pelo direito, *"notadamente pela perspectiva da proteção do consumidor, ente vulnerável da relação jurídica de consumo."*[48]

Quem divulga seu produto por meio da publicidade deve obedecer aos princípios do CDC ficando obrigado a não fazer publicidade enganosa ou abusiva, quer por ação, quer por omissão. A incontestável necessidade de controle da publicidade insere-se, ainda segundo Herman Benjamin, em um contexto mais amplo de disciplina da atividade produtiva e comercial[49]

[48] Antonio Herman de Vasconcello e Benjamin *In Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelo autores do anteprojeto*, Ada Pellegrini Grinover et AL, 6ª edição, Rio e Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 259.
[49] Op. Cit. P. 260.

O art. 37 do CDC veda a publicidade enganosa ou abusiva. A publicidade é enganosa quando, por qualquer modo, mesmo por omissão, induza em erro o consumidor a respeito de quaisquer dados do produto (par. 1º). Mais: é enganosa por omissão a publicidade que deixa de informar sobre dado essencial do produto ou serviço (par. 3º). É abusiva, dentre outras hipóteses, a publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança ou é capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (par. 2º).

A publicidade das fabricantes de cigarros co-rés, seja anteriormente à legislação restritiva, seja atualmente com as novas mídias utilizadas, subsume-se perfeitamente às definições legais de publicidade enganosa e abusiva. Sim, pois a publicidade de cigarros busca seduzir crianças, adolescentes e jovens vinculando o cigarro a independência, vigor, rebeldia, amor à vida, aventura, confiança, auto-afirmação etc. induzindo em erro o público alvo em sua avaliação sobre o produto.

Ao seduzi-los, a publicidade os faz comportarem-se de forma prejudicial e perigosa à sua saúde, já que o cigarro causa dependência e mata até metade dos usuários freqüentes de longo prazo. Mais: a publicidade omite toda e qualquer informação sobre dependência e demais males à saúde causados pelo cigarro.

Essas informações são dadas pelo Estado, através das recentes imagens de advertência – menos de uma década –, contestadas judicialmente pelas fabricantes.

O fundamento da vedação à publicidade enganosa está no direito do consumidor de não ser enganado. Basta a enganosidade *potencial* da publicidade, independentemente da enganosidade real. Isso porque o art. 29 do CDC equiparou aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas a práticas como *Oferta* e *Publicidade*, reguladas pelo Código. É suficiente a capacidade de indução ao erro sem necessidade de os

consumidores afirmarem que, efetivamente, foram enganados. *"O que importa não são os efeitos reais da publicidade, mas, ao contrário, sua capacidade de afetar decisões de compra"*[50].

O padrão de enganosidade não é fixo, variando de acordo com a categoria do consumidor: crianças, adolescentes, idosos, doentes, indígenas etc. Sendo capaz de induzir o consumidor em erro a publicidade será enganosa, ainda que esse não seja o objetivo do anunciante, dado que a aferição da responsabilidade leva em conta o critério objetivo, ou seja, independe de culpa.

Especial proteção merecem o consumidor *desinformado e ignorante* e os *consumidores frágeis*, posto que mais vulneráveis em relação ao fornecedor e à sua publicidade.[51] O padrão, assim, não pode ser o do consumidor adulto, bem informado e atento pois a enganosidade pode não o afetar, mas atingir justamente aqueles com menor poder de análise e julgamento crítico.

A enganosidade por omissão está diretamente ligada ao direito à informação. É dever do anunciante transmitir todas as informações essenciais de determinado produto, ou seja, aquelas que têm o condão de levar o consumidor a adquiri-lo ou não. *"É considerado essencial aquele dado que tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça."* [52] Omitida informação que teria o poder de influenciar a decisão do consumidor, está-se diante de publicidade enganosa por omissão.

Ora, a publicidade de cigarros jamais pretendeu informar ou esclarecer o consumidor, mas sim ampliar o número de fumantes e promover a aceitação social do ato de fumar.

A abusividade das publicidades de cigarro é evidente. Ela visa aumentar o consumo de cigarros, aliciar novos fumantes e demover aqueles que querem parar de fumar de fazê-lo. Busca dar ares de naturalidade ao ato de fumar,

[50] Herman Benjamin, op. cit., p. 288.
[51] Herman Benjamin, op. cit., p. 289.
[52] Herman Benjamin, op. cit. p. 294.

bem como sua aceitação social. Todos esses objetivos nada mais fazem do que induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde e segurança, já que a nicotina vicia e o cigarro tem mais de 60 substâncias cancerígenas, matando até metade dos usuários regulares de longo prazo. *"O fato de a publicidade de cigarro fazer apologia de um produto o qual acarreta danos à saúde, traduz seu caráter abusivo."*[53]

Ademais, a publicidade de cigarros é voltada para o público infanto-juvenil, fato esse demonstrado em ações judiciais no exterior, nos documentos internos da indústria e até em depoimentos de publicitários brasileiros. A criança e o adolescente, na medida em que estão em processo de formação e cuja habilidade de julgamento ainda não é completa, são muito mais suscetíveis à publicidade de cigarros. E são eles os futuros consumidores e o alvo preferencial dessas empresas. A abusividade da publicidade fica também caracterizada sob o aspecto da hipossuficiência do público a que é dirigida já que se aproveita dessa deficiência de julgamento.

Na feliz síntese de Lúcio Delfino[54]: *"(...) a publicidade de cigarros jamais teve cunho informativo e esclarecedor. Sempre foi promovida com o objetivo de criar uma necessidade artificial de consumo e manter na sociedade uma ambientação constante do produto nocivo. A motivação do consumidor era buscada mediante a aproximação de* modos de ser e viver *ao produto anunciado. Assim, relacionavam-se os cigarros a atividades esportivas, à sociabilidade, à saúde, ao requinte, ao sucesso profissional, à sensualidade etc. Refletia-se a idéia de que fumar era algo prazeroso, "hábito" de pessoas inteligentes, produtivas e livres. Tal estratégia publicitária, hoje proibida no Brasil*[55]*, objetivava primordialmente a* persuasão*, pois tinha por* matéria-prima *sons e imagens sedutores, voltados a incitar a prática do tabagismo, tática bastante eficiente, principalmente quando endereçada a crianças e*

[53] Lúcio Delfino, *Responsabilidade Civil e Tabagismo*, Curitiba: Ed. Juruá, 2008, p. 336.
[54] Lúcio Delfino, *Responsabilidade Civil e Tabagismo*, Curitiba: Ed. Juruá, 2008, p. 297/298.
[55] Como se demonstrou, a restrição à publicidade nos meios de comunicação em massa apenas a transferiu para outros meios e modos de comunicação, sem bani-la totalmente.

adolescentes, pessoas naturalmente imaturas, ou inseridas num contexto de mudanças psicológicas e hormonais próprias."

No Brasil o Poder Judiciário já teve oportunidade de se manifestar sobre a enganosidade e abusividade da publicidade de cigarros, condenando uma das fabricantes, inclusive, a pagamento milionário a título de danos morais coletivos.

Em ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Distrito Federal contra Souza Cruz S/A, Standart Ogilvy & Mather Ltda e Conspiração Filmes Entretenimento S/A, a sentença, confirmada pelo E. TJDF[56], acolheu a alegação do MP/DF de que as rés uniram-se para criar e veicular publicidade antijurídica de tabaco, denominada Artista Plástico II, utilizando mensagens subliminares e técnicas que visam o atingimento de crianças e adolescentes, público hipossuficiente diante da propaganda veiculada por sua falta de discernimento. A publicidade foi veiculada em 2000, pouco antes da restrição da publicidade nos meios de comunicação de massa e, através de termo de ajustamento de conduta, retirada do ar antes do fim do período da campanha.

Do voto da I. Relatora, Desembargadora Vera Andrighi, colhe-se[57]:

Abusividade da publicidade por afronta aos valores éticos e sociais da pessoa e da família

A propaganda impugnada sobre o cigarro de marca Free, intitulada "Artista Plástico II"*, veiculada de agosto a dezembro de 2000, tem música instrumental, com imagens sobrepostas do protagonista e de outras pessoas fumando. O trabalho observou o estilo de videoclipe, com 45 segundos de duração e possui o seguinte texto, conforme se vê da fita magnética que acompanha os autos:*

> *"Meu nome é Daniel Zanage. Eu trabalho com luz, computador, arte, filmes, sombra, letras, imagens, pessoas.*

[56] A sentença apenas reduziu o valor da indenização por danos morais coletivos, mas confirmou todos os fatos relacionados à causa de pedir.
[57] http://juris.tjdft.jus.br/docjur/270271/270851.doc acessado em 21/05/2009

> *Vejo as coisas assim: certo ou errado, só vou saber depois que eu fiz.*
> *Eu não vou passar pela vida sem um arranhão.*
> *Eu vou deixar a minha marca."*

A propaganda desde logo se revela enganosa e abusiva, a teor do que prescreve o art. 37 do texto consumerista.

De acordo com o laudo pericial produzido por três psicólogos e transcrito no acórdão, a publicidade é incisiva e irresponsável, incentivando crianças e adolescentes a agirem impulsivamente, *verbis*:

O monólogo que consta na fita ora analisada, é pronunciado por pessoa do sexo masculino e passa a idéia de um jovem multifacetário, do ponto de vista intelecto-profissional.

Algumas frases possuem uma entonação incisiva e algo irresponsável, na medida em que o interlocutor deixa clara sua vontade de agir impulsivamente, diante de conflitos: 'Vejo as coisas assim: certo ou errado, só vou saber depois que eu fiz.' Parece não haver também preocupação com as conseqüências de sua decisão: 'Eu não vou passar pela vida sem nem um arranhão.' Há também sinais de uma postura individualista e com conotação de status e poder: 'Eu vou deixar a minha marca.'

O comportamento e a linguagem utilizada pelo protagonista da publicidade atinge em cheio as dificuldades vivenciadas por pré-adolescentes e adolescentes e, considerando este aspecto, são grandes as chances de haver um processo de identificação entre o público pertencente às referidas faixas etárias e o padrão verbal e comportamental utilizado no monólogo, o que associado a outras variáveis pode compor um quadro facilitador de acessão ao produto veiculado, especialmente para o público alvo citado acima.

(...)

Pelo conteúdo relatado acima, percebe-se que a verbalização utilizada na

publicidade, tem efeito especial junto a crianças e adolescentes, considerando as dificuldades próprias destas fases e a possibilidade de identificação com a linguagem e o comportamento utilizado pelo protagonista da mesma.

A Souza Cruz e as demais rés foram condenadas ao pagamento de danos morais coletivos da ordem de R$ 4.000.000,00 em razão do *"poder persuasivo – e até mesmo condicionante – do comportamento dos consumidores atribuível à propaganda, especialmente aquela de cunho sub-reptício, disfarçada, insidiosa, que não permite às pessoas comuns perceberem o canto de sereia embutido na mensagem veiculada. Se o incremento de consumo promovido pela publicidade é coletivo e amplo, o dano por práticas abusivas também o é."*[58]

Também o E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem conferindo ênfase à enganosidade e abusividade da publicidade de cigarros nas decisões proferidas em ações de indenização movidas por fumantes e familiares contra as fabricantes de cigarros. Apenas em 2004 a Revista de Direito do Consumidor publicou dois acórdãos do Rio Grande do Sul considerando a publicidade de cigarros abusiva.

Em acórdão publicado na Revista de Direito do Consumidor no. 49, fls. 237-272, a 9ª Câmara Cível do TJRS condenou a Philip Morris a pagar indenização por danos morais e materiais aos familiares de fumante falecido em decorrência do tabagismo após mais de 40 anos de dependência. Embasando-se em fatos públicos e notórios e em decisões judiciais sobre a história de "fraude, corrupção e mentiras"[59] que pautou e continua pautando a atuação das fabricantes de cigarros, a C. Câmara entendeu, *in verbis*:

[58] Extraído do voto do revisor, Desembargador George Lopes Leite http://juris.tjdft.jus.br/docjur/270271/270851.doc acessado em 21/05/2009
[59] Mario Cesar Carvalho, *O Cigarro*, cit.

"(...) E tal posicionamento público, falso e doloso, sempre foi historicamente sustentado por maciça propaganda enganosa, que reiteradamente associou o fumo a imagens de beleza, sucesso, liberdade, poder, riqueza e inteligência, omitindo, reiteradamente, ciência aos usuários dos malefícios do uso, sem tomar qualquer atitude para minimizar tais malefícios e, pelo contrário, trabalhando no sentido da desinformação, aliciando, em particular os jovens, em estratégia dolosa para com o público, consumidor ou não."

Em outra decisão, publicada no volume 50 da mesma publicação, fls. 266-286, a mesma 9ª Câmara Cível do TJRS, desta feita à unanimidade, condenou a Souza Cruz a indenizar familiares de fumante falecido em decorrência do tabagismo, iniciado aos 12 anos de idade, induzido pela propaganda enganosa da empresa. Do voto do relator colhe-se:

"Ressalto, por fim, que a propaganda enganosa que as empresas de fumo praticam para a venda do cigarro, está amparada em Lei Federal específica de no. 9294/96. No entanto, mesmo que tenham as propagandas, as advertências maléficas provenientes do fumo e que são determinadas por lei, demonstram aos usuários e aos futuros usuários a vantagem em fumar-se, como que seus personagens realmente vivessem fumando e por isso seriam esbeltos e lindos."

A abusividade e enganosidade da publicidade de cigarros são inerentes à sua natureza, conforme vem sendo reconhecido pelo Poder Judiciário pátrio.

7. DAS DECISÕES JUDICIAIS NACIONAIS E ESTRANGEIRAS

(i) Decisões nacionais

Não obstante seja verdade que a indústria do tabaco venha obtendo, majoritariamente, vitória nas ações indenizatórias movidas por fumantes e seus familiares, a tendência é a mudança nesse quadro com cada vez mais

decisões favoráveis a fumantes e seus familiares. É o que revela estudo produzido pela ACT (doc 9) que analisou decisões proferidas em ações julgadas pelos Tribunais de Justiça dos Estados do Sul, Sudeste e Distrito Federal.

Entre 2006 e 2007 foram analisadas 108 decisões, sendo que apenas 7 foram favoráveis a fumantes e familiares (101 x 7). Porém, em fevereiro de 2008, nove (9) novas decisões foram analisadas. Dessas, 5 foram contrárias à indústria do tabaco, alterando o placar para 105 x 12.

Esclareça-se que há várias decisões *contrárias* aos fumantes e familiares por *maioria* de votos. Ou seja: ainda que o resultado final seja favorável à indústria do tabaco, há crescente dissidência interna entre os magistrados.

As decisões contrárias à indústria do tabaco, em sua maioria do E. TJ do Rio Grande do Sul, têm sido muitíssimo bem fundamentadas. Algumas delas estão gravadas no CD ROM em anexo (doc. 3).

Recentemente o E. Tribunal da Justiça do Estado de São Paulo proferiu mais uma decisão contrária à indústria do tabaco, cujo inteiro teor encontra-se do CD ROM anexo. Confira-se a ementa do acórdão:

Responsabilidade civil – Indenização por danos morais e materiais – Tabagismo – Amputação dos membros inferiores – Vítima acometida de tromboangeite aguda obliterante – Nexo causal configurado – Incidência do Código de Defesa do Consumidor – Responsabilidade objetiva decorrente da teoria do risco assumida com a fabricação e comercialização do produto – Omissão dos resultados das pesquisas sobre o efeito viciante da nicotina – Dever de indenizar – Recurso improvido

(Apelação cível no. 379.261-4/5-00, 8ª Câmara Cível, TJ/SP, Relator Designado Des. Joaquim Garcia, j. 8/10/2008, por maioria).

No Rio Grande do Sul, decisão de 2008 é também no sentido de condenar as empresas fabricantes de cigarros (CD ROM anexo):

> **EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. REPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, ESTÉTICOS E MORAIS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. TABAGISMO. CARDIOPATIA ISQUÊMICA. INFARTO. PROPAGANDA ENGANOSA. DEFEITO DO PRODUTO. NEXO DE CAUSALIDADE. PERICULOSIDADE ÍNSITA DO PRODUTO E O LIVRE-ARBITRIO DO ATO DE FUMAR. 1- Há responsabilidade objetiva pelos danos causados à saúde do fumante da empresa produtora de cigarros, quando, como no caso em tela, resta demonstrada, pela farta prova carreada aos autos, a relação de causa e efeito entre o defeito do produto e a doença do consumidor (cardiopatia isquêmica). Aplicação do CDC. 2- Provas concludentes de que a autora adquiriu o hábito de fumar a partir de poderoso condutor do comportamento humano consistente em milionária e iterativa propaganda da ré que, ocultando do público os componentes maléficos à saúde humana existentes no cigarro, por décadas, associava o sucesso pessoal ao tabagismo. 3- Tese da ré consistente na ínsita periculosidade do produto-cigarro e do livre-arbítrio no ato de fumar que, no caso concreto, se esboroa ante o comprovado poder viciante da nicotina, a ausência de informações precisas quanto aos componentes da fórmula do cigarro e de qual a quantidade supostamente segura para o seu consumo, bem ainda ante a enorme subjetividade que caracteriza a tese, particularmente incompatível com as normas consumeristas que regem a espécie. 4- DANOS MATERIAIS E ESTÉTICOS. Incomprovadas nos autos as despesas com remédios e/ou tratamento. A autora foi tratada e internada através do SUS. Igualmente incomprovado o dano estético. Pensionamento mensal indevido, eis estar a autora atualmente trabalhando, sem evidências de incapacidade laboral, consoante as conclusões da perícia médica. 5- DANOS MORAIS. Vinculam-se aos direitos da personalidade e se traduzem num sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, causando-lhe alterações psíquicas, prejuízos afetivos e/ou sociais, prescindindo de comprovação, pela natureza in re ipsa, decorrentes do próprio fato. 6- QUANTUM INDENIZATÓRIO. Reconhecida a concorrência de culpa, o valor a título de danos morais, sopesados os critérios de fixação, vai estabelecido em R$ 100.000,00 (cem mil reais), corrigidos pelo IGP-M e acrescidos de juros de mora de 12% ao ano, a contar da data deste julgamento. 7- Afastada a condenação dos patronos da autora por litigância de má-fé. 8- Sucumbência pela requerida. À UNANIMIDADE, DESPROVERAM O AGRAVO RETIDO E, POR MAIORIA, PROVERAM PARCIALMENTE O APELO. (Apelação Cível Nº 70015107600, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 28/08/2008)

A matéria de mérito ainda não chegou ao E. STJ, que rejeitou todos os recursos por *questões processuais* e em apenas um caso reconheceu a prescrição. Apesar de todas as decisões favoráveis serem objeto de recurso, o que importa é a qualidade das decisões que condenam as fabricantes de cigarros e a tendência firme, ainda que lenta, de mudança de paradigma jurisprudencial.

Exemplo disso é o Estado de Santa Catarina. De acordo com o estudo realizado pela ACT (doc. 9), **todas** as decisões analisadas foram favoráveis às indústrias tabageiras e em nenhum dos 6 casos analisados se permitiu ao fumante que produzisse prova do nexo causal entre doença e uso do cigarro. As alegações de cerceamento de defesa foram sempre rechaçadas no Tribunal.

Recentemente, porém, em duas oportunidades o Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu pela *anulação* da sentença de primeiro grau, reconhecendo o cerceamento de defesa e a necessidade da produção de provas. Confira-se a transcrição da ementa de uma das decisões, a Apelação Cível n. 2005.042121-6, de Criciúma, j. 17/4/2008, cujo relator é o Desembargador Eládio Torret Rocha, também encontrável no anexo CD ROM:

> *RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR DE CIGARROS. FALECIMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS AJUIZADA POR FAMILIARES. RESPONSABILIDADE DAS INDÚSTRIAS FUMAGEIRAS.* ***FASE PROBATÓRIA INICIADA. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. GUINADA NA CONDUTA DO JULGADOR. JULGAMENTO ANTECIPADO.*** *INCLUSÃO DE TEMA ATÉ ENTÃO ALHEIO AO EMBATE PROCESSUAL. CAUSAÇÃO DE SURPRESA ÀS PARTES. DESCONSIDERAÇÃO DAS PROVAS PRODUZIDAS E, BEM ASSIM, DAQUELAS AINDA POR PRODUZIR.* ***CERCEAMENTO DE DEFESA.*** *AUSÊNCIA DE APRECIAÇÃO DOS REQUERIMENTOS DE PROVA OPORTUNAMENTE REALIZADOS.* ***OFENSA AO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO.*** *RECURSO PROVIDO. VOTO VENCIDO.* (grifos acrescentados)

(ii) Atitude oportunista das fabricantes

Apesar das decisões contrárias às fabricantes de cigarros, o Poder Judiciário ainda tem se apoiado em argumentos que utilizam as recentes políticas públicas de controle do tabagismo para eximir-se do dever de indenizar.

Sim, pois as fabricantes alegam que informam sobre os malefícios do cigarro. Escondem-se atrás das imagens de advertência inseridas a partir do recente ano de 2002 e das restrições à publicidade impostas pela Lei 10.167/2000.

Tais argumentos têm sido acolhidos por parte do Judiciário, conforme demonstra estudo elaborado pela ACT (doc. 9). Argumentos como o de que *"à época dos fatos não havia obrigação de informar sobre os malefícios do cigarro"*, *"a propaganda é lícita e regulamentada"*, *"as advertências constantes dos maços são suficientes para informar sobre os malefícios do cigarro"*, e *"a indústria fornece informações adequadas"* foram citados em 44 das 108 decisões analisadas.

Contudo, quem informa sobre os malefícios do cigarro não são, nem nunca foram, as fabricantes de cigarros, e sim o Estado através de normas que determinam sua inclusão em embalagens e peças publicitárias. Tais normas surgiram de forma incipiente em 1988, por meio de Portaria do Ministério da Saúde que advertia que fumar *pode* causar danos à saúde, até chegar às imagens determinadas a partir de 2001.

Muito ao contrário do que se conformar com tais medidas, as empresas fabricantes de cigarros, através da Confederação Nacional da Indústria, movem Ação Direta de Inconstitucionalidade, processo no. 3311, perante o Supremo Tribunal Federal, buscando não só a volta da publicidade aos meios de comunicação de massa, mas também o fim das imagens e advertências constantes dos maços.

Mais: com o objetivo de atacar as recentíssimas imagens de advertência que devem circular a partir do 2º semestre de 2009 foram movidas três ações judiciais contra a ANVISA:

(i) Ação Civil Pública no. 2008.72.05.002189-2/SC, julgada improcedente em recente sentença do Juiz Federal Leandro Paulo Cypriani, da 1ª Vara Federal de Blumenal, constante do CD ROM anexo;

(ii) Ação no. 2008.71.00.026898-0/RS, cuja liminar foi negada pela 2ª Vara Federal de Porto Alegre (decisão no CD ROM anexo); e

(iii) Ação no. 2008.51.01023632-3, da 23ª Vara Federal do Rio de Janeiro, à qual num primeiro momento se concedeu liminar para suspender a veiculação das imagens, em seguida derrubada pelo TRF da 2ª região.

Note, portanto, Exa., que apesar de contestar judicialmente as medidas adotadas pelo Poder Público para controlar a epidemia tabagística, delas lança mão com o objetivo de convencer o mesmo Judiciário de que não têm o dever de indenizar pois alertaria sobre os malefícios do cigarro e teria sua publicidade restrita. Beneficiam-se, portanto, as co-rés, das políticas públicas de controle do tabagismo para isentarem-se de sua responsabilidade.

(iii) Decisões estrangeiras

A tendência de mudança jurisprudencial em favor das vítimas do cigarro reflete algo que também ocorreu nos Estados Unidos. De acordo com Mário Cesar Carvalho, jornalista da Folha de São Paulo, em sua obra *O Cigarro*[60] (doc 5):

> *"A indústria do cigarro propagandeava pelo mundo afora, como prova de inocência e símbolo de conduta irrepreensível, que nunca perdera uma ação judicial movida por fumantes que tiveram câncer*

[60] Mario Cesar Carvalho, *O cigarro*, São Paulo: Publifolha, 2001. Coleção Folha Explica, p. 22.

de pulmão ou morreram de doenças relacionadas ao fumo. Era verdade. Entre 1954, quando começaram as ações nos EUA, e 1992, foram abertos 813 processos contra os fabricantes; dos 23 que chegaram a julgamento, só dois obtiveram vitórias em primeira instância, e ainda assim perderam em tribunais superiores.
Essa situação sofreria uma reviravolta em junho de 1997."

Em 1997, ações movidas por estados norte-americanos buscando recuperar os gastos do sistema de saúde para tratar fumantes trouxeram uma reviravolta na posição até então ocupada pela indústria tabageira frente ao Poder Judiciário. Um acordo (*Master Settlement Agreement*) de cerca de US$ 246 bilhões de dólares foi celebrado entre as multinacionais indústrias de tabaco e 50 estados americanos para pagamento em 25 anos[61]. Foi através dessa e de outras ações que os documentos secretos da indústria se tornaram públicos e vem até hoje revelando suas estratégias nos EUA e no mundo.

Em 1999 o Governo norte americano promoveu ação judicial contra 11 tabaqueiras – incluídas aí a Philip Morris Inc, da qual faz parte a Philip Morris Brasil, e a British American Tobacco Industries p.l.c., da qual faz parte a Souza Cruz S/A, duas das maiores empresas de tabaco do Brasil com participações no mercado que somam 85% a 90% (docs. 17 e 19) – alegando que estas violaram e continuam violando a legislação que trata de *Influência Mafiosa e Organizações Corruptas* (*the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act – RICO*) através do engajamento em profunda e ilegal conspiração para enganar a opinião pública e o governo sobre os efeitos à saúde do tabagismo e do tabagismo passivo, a dependência da nicotina, os alegados *benefícios* de cigarros chamados baixos teores (*light*) e a manipulação da nicotina para manter a dependência dos fumantes.

[61] Mario Cesar Carvalho, op. Cit.

Em 2006, sentença histórica de cerca de 1.700 páginas proferida pela Juíza Gladys Kessler reconheceu a atuação conjunta e coordenada das empresas fabricantes de cigarros, não só nos EUA, mas globalmente, em que estas associaram-se *de fato* em uma empresa/operação (*association-in-fact enterprise*), com o objetivo de enganar governo e opinião pública para impedir o aumento da regulação do cigarro, a divulgação das informações sobre seus malefícios, a responsabilização em ações judiciais, bem como evitar o surgimento de ambiente socialmente contrário ao tabagismo.

A Corte do Distrito de Colúmbia julgou, em 22/5/2009, apelação das empresas fabricantes do cigarro e confirmou o inteiro teor da sentença[62].

Segundo a Juíza Kessler:

> ***824.*** *De 1953 até pelo menos 2000, todos os Réus, sem exceção, repetidamente negaram com consistência e vigor – e má fé – a existência de qualquer efeito nocivo do fumo para a saúde. Ademais, coordenaram-se para montar e financiar uma sofisticada campanha de relações públicas para atacar e deturpar as provas científicas que demonstravam a relação entre tabagismo e doenças, alegando que esta relação permanecia "uma questão em aberto". Finalmente, ao fazê-lo, ignoraram a massiva documentação guardada em seus arquivos internos, gerada por seus próprios cientistas, executivos e profissionais de relações públicas, que admitia – assim como o Vice-Presidente de Pesquisa e Desenvolvimento da Philip Morris, Helmut Wakeham – haver "pouca base, naquele momento, para refutar as descobertas relatadas no Relatório do Surgeon General de 1964."*[63]

[62] http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/237_apelacaosentecaKesslerorigINAL.PDF
[63] Juíza Gladys Kessler, in Tobacco Control Legal Consortium, *The Verdict Is In: Findings from* United States v. Philip Morris (2006). Tradução para o Português pela ACT – Aliança para o Controle do Tabagismo (2008).

Partes importantes da sentença foram compiladas por um consórcio de advogados norte americanos através da *Tobacco Control Legal Consortium* (www.tobaccolawcenter.org) e traduzidas para o português pela ACT (doc 8) (http://www.actbr.org.br/pdfs/capitulos-sentenca.pdf). A íntegra da sentença é encontrável em http://www.tobaccolawcenter.org/documents/FinalOpinion.pdf

Os temas tratados naquela decisão são:

Os Danos do Tabagismo

509. Fumar cigarros causa doenças, sofrimento e morte. Apesar de reconhecer internamente esse fato, em público os réus têm, há décadas, negado, distorcido e minimizado os riscos do tabagismo. O conhecimento, por parte da comunidade médica e científica, da relação entre tabagismo e doenças evoluiu durante a década de 1950 e atingiu um consenso em 1964. No entanto, mesmo depois dessa data, os réus continuaram a negar tanto a existência desse consenso, como as esmagadoras evidências em que se baseava.[64]

Dependência

829. Desde os anos 1950, décadas antes da comunidade científica, os Réus perceberam, graças a suas pesquisas, que a nicotina é uma droga viciante, que os fabricantes de cigarros lidam com drogas e que os cigarros são veículos de administração de drogas.

830. Apesar de entenderem e aceitarem que tanto o tabagismo como a nicotina causam dependência, os Réus vêm, há várias décadas, negando e distorcendo em público a verdade sobre a natureza viciante de seus produtos.[65]

Níveis de Nicotina

[64] Juíza Gladys Kessler, in Tobacco Control Legal Consortium, *The Verdict Is In: Findings from* United States v. Philip Morris (2006). Tradução para o Português pela ACT – Aliança para o Controle do Tabagismo (2008), p. 9.
[65] Idem, p. 15.

1366. Os réus vêm desenvolvendo seus cigarros de forma que possam controlar com precisão os níveis de emissão de nicotina, mantendo as doses de nicotina suficientes para gerar e sustentar a dependência no fumante. Ao mesmo tempo, os Réus ocultaram boa parte de suas pesquisas sobre a nicotina, sempre negando com veemência ter empreendido esforços para controlar os níveis de emissão de nicotina.

1368. Cada aspecto do cigarro é meticulosamente elaborado, para garantir que os fumantes obtenham uma dose viciante de nicotina em praticamente qualquer cigarro do mercado.[66]

Cigarros Light

Os Réus, de má-fé, vendem e promovem os cigarros light/com baixos teores de alcatrão como sendo menos prejudiciais que os cigarros tradicionais, com o objetivo de manter ativos os fumantes e de sustentar as receitas corporativas.[67]

Marketing para Jovens

Desde os anos 1950 até o presente, alguns dos Réus, em diferentes ocasiões e usando diferentes métodos, dirigiram propositadamente seus esforços de marketing para jovens com menos de 21 anos, a fim de recrutar 'fumantes substitutos' que garantissem o futuro econômico da indústria tabagista.[68]

Tabagismo passivo

Os réus negam em público o que reconhecem internamente: que o tabagismo passivo é perigoso para os não-fumantes.[69]

Supressão de Informações

3863. Os Réus tentaram, e por vezes conseguiram, evitar que fossem feitas pesquisas, interromper estudos em curso, ocultar pesquisas existentes e

[66] Idem, p.21.
[67] Idem, p. 27.
[68] Idem, p. 35.
[69] Idem, p. 42

destruir documentos comprometedores. Tudo isso era feito com o propósito de proteger sua posição quanto às questões de tabagismo e saúde perante o público, de prevenir limitações regulatórias à indústria do cigarro e para evitar ou limitar a possibilidade de serem responsabilizados em litígios judiciais envolvendo tabagismo e saúde.[70]

Como se vê, tanto nos EUA, como recentemente no Brasil, a tendência jurisprudencial é acompanhar o que a comunidade de saúde e científica já vem há tempos alertando. Cabe, portanto, ao Poder Judiciário, diante de tema de tamanha relevância e repercussão social, dar vazão a seu importante papel constitucional e fazer cumprir a Constituição Federal, a CQCT, o Código de Defesa do Consumidor, o novo Código Civil e os Princípios Gerais de Direito. É o que se espera.

8. O DEVER DE INDENIZAR INDEPENDE DA LICITUDE DA ATIVIDADE

As co-rés argumentam que, por praticarem atividade lícita, estariam isentas do dever de indenizar pelos danos causados por seu produto. Evidentemente que esse argumento não pode ser, de modo sério, adotado como excludente de responsabilidade.

Todo e qualquer fornecedor cujo produto causar dano ao consumidor tem o dever de indenizar. Não fosse assim e tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto o novo Código Civil seriam letra morta, já que todos os fornecedores se esconderiam atrás da licitude de sua atividade.

O CDC enumera as excludentes de responsabilidade de modo exaustivo, não admitindo ampliação ao rol do art. 12, par. 3º, *in verbis*:

[70] Idem, p. 48.

Par. 3º. O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:
I – que não colocou o produto no mercado;
II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
III – a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro

Vê-se bem que a licitude da atividade não pode eximir o fabricante do dever de indenizar aqueles que sofrerem prejuízo pela utilização de seu produto.

Aliás é o que já decidiu a jurisprudência pátria[71]:

> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. TABAGISMO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO AJUIZADA PELA FAMÍLIA. RESULTADO DANOSO ATRIBUÍDO A EMPRESAS FUMAGEIRAS EM VIRTUDE DA COLOCAÇÃO NO MERCADO DE PRODUTO SABIDAMENTE NOCIVO, INSTIGANDO E PROPICIANDO SEU CONSUMO, POR MEIO DE PROPAGANDA ENGANOSA. ILEGITIMIDADE PASSIVA, NO CASO CONCRETO, DE UMA DAS CO-RÉS. CARACTERIZAÇÃO DO NEXO CAUSAL QUANTO À OUTRA CO-DEMANDADA. CULPA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DECORRENTE DE OMISSÃO E NEGLIGÊNCIA, CARACTERIZANDO-SE A OMISSÃO NA AÇÃO. APLICAÇÃO, TAMBÉM, DO CDC, CARACTERIZANDO-SE, AINDA, A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. (...) É FATO NOTÓRIO, CIENTIFICAMENTE DEMONSTRADO, INCLUSIVE RECONHECIDO DE FORMA OFICIAL PELO PRÓPRIO GOVERNO FEDERAL, QUE O FUMO TRAZ INÚMEROS MALEFÍCIOS À SAÚDE, TANTO À DO FUMANTE COMO À DO NÃO-FUMANTE, SENDO, POR TAIS RAZÕES, DE ORDEM MÉDICO-CIENTÍFICA, INEGÁVEL QUE A NICOTINA VICIA, POR ISSO QUE GERA DEPENDÊNCIA QUÍMICA E PSÍQUICA, E CAUSA CÂNCER DE PULMÃO, ENFISEMA PULMONAR, INFARTO DO CORAÇÃO ENTRE OUTRAS DOENÇAS IGUALMENTE GRAVES E FATAIS. A INDÚSTRIA DE TABACO, EM TODO O MUNDO, DESDE A DÉCADA DE 1950, JÁ CONHECIA OS MALES QUE O CONSUMO DO FUMO CAUSA AOS SERES HUMANOS, DE MODO QUE,

[71] Apelação Cível no. 70000144626. TJ/RS. 9a Câmara Cível – Regime de exceção. Rel. Desa. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, j. 29/10/2003 – integra do acórdão encontrável no CD ROM em anexo.

NESSAS CIRCUNSTÂNCIAS, A CONDUTA DAS EMPRESAS EM OMITIR A INFORMAÇÃO É EVIDENTEMENTE DOLOSA, COMO BEM DEMONSTRAM OS ARQUIVOS SECRETOS DESSAS EMPRESAS, REVELADOS NOS ESTADOS UNIDOS EM AÇÃO JUDICIAL MOVIDA POR ESTADOS NORTE-AMERICANOS CONTRA GRANDES EMPRESAS TRANSNACIONAIS DE TABACO, ARQUIVOS ESSES QUE SE CONTRAPÕEM E DESMENTEM O POSICIONAMENTO PÚBLICO DAS EMPRESAS – REVELANDO-O FALSO E DOLOSO, POIS DIVULGADO APENAS PARA ENGANAR O PÚBLICO – E DEMONSTRANDO A REAL ORIENTAÇÃO DAS EMPRESAS, ADOTADA INTERNAMENTE, NO SENTIDO DE QUE SEMPRE TIVERAM PLENO CONHECIMENTO E CONSCIÊNCIA DE TODOS OS MALES CAUSADOS PELO FUMO. E TAL POSICIONAMENTO PÚBLICO, FALSO E DOLOSO, SEMPRE FOI HISTORICAMENTE SUSTENTADO POR MACIÇA PROPAGANDA ENGANOSA, QUE REITERADAMENTE ASSOCIOU O FUMO A IMAGENS DE BELEZA, SUCESSO, LIBERDADE, PODER, RIQUEZA E INTELIGÊNCIA, OMITINDO, REITERADAMENTE, CIÊNCIA AOS USUÁRIOS DOS MALEFÍCIOS DO USO, SEM TOMAR QUALQUER ATITUDE PARA MINIMIZAR TAIS MALEFÍCIOS E, PELO CONTRÁRIO, TRABALHANDO NO SENTIDO DA DESINFORMAÇÃO, ALICIANDO, EM PARTICULAR OS JOVENS, EM ESTRATÉGIA DOLOSA PARA COM O PÚBLICO, CONSUMIDOR OU NÃO. O NEXO DE CAUSALIDADE RESTOU COMPROVADO NOS AUTOS, INCLUSIVE PELO JULGAMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES ANTERIORMENTE MANEJADOS, EM QUE SE ENTENDEU PELA DESNECESSIDADE DE OUTRAS PROVAS, PORQUANTO FATO NOTÓRIO QUE A NICOTINA CAUSA DEPENDÊNCIA QUÍMICA E PSICOLÓGICA E QUE O HÁBITO DE FUMAR PROVOCA DIVERSOS DANOS À SAÚDE, ENTRE OS QUAIS O CÂNCER E O ENFISEMA PULMONAR, MALES DE QUE FOI ACOMETIDO O FALECIDO, NÃO COMPROVANDO, A RÉ, QUALQUER FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DOS AUTORES (ART. 333, II, DO CPC). O AGIR CULPOSO DA DEMANDADA EVIDENCIA-SE NA OMISSÃO E NA NEGLIGÊNCIA, CARACTERIZANDO-SE A OMISSÃO NA AÇÃO. O ART. 159 DO CCB/1916 JÁ PREVIA O RESSARCIMENTO DOS PREJUÍZOS CAUSADOS A OUTREM, DECORRENTES DE OMISSÃO E NEGLIGÊNCIA, SENDO QUE O CRIADOR DE UM RISCO TEM O DEVER DE EVITAR O RESULTADO, EXATAMENTE PORQUE, NÃO O FAZENDO, COMETE A OMISSÃO CARACTERIZADORA DA CULPA, A CHAMADA OMISSÃO NA AÇÃO CONCEITUADA NA DOUTRINA DO PRECLARO CUNHA

GONÇALVES, A QUAL É CONVERGENTE COM AS LIÇÕES DE SERGIO CAVALIERI FILHO E PONTES DE MIRANDA, SENDO A CONDUTA DA DEMANDADA VIOLADORA DOS DEVERES CONSUBSTANCIADOS NOS BROCARDOS LATINOS DO *NEMINEM LAEDER, SUUM CUIQUE TRIBUERE* E NO PRÓPRIO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA EXISTENTE DESDE SEMPRE NO DIREITO BRASILEIRO. A CONDUTA ANTERIOR CRIADORA DO RISCO ENSEJA O DEVER, DECORRENTE DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO, DE EVITAR O DANO, O QUAL, SE NÃO EVITADO, CARACTERIZA A CULPA POR OMISSÃO. COMO ACENTUA A DOUTRINA, ESSE DEVER PODE NASCER DE UMA CONDUTA ANTERIOR E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO, NÃO SENDO NECESSÁRIO QUE ESTEJA CONCRETAMENTE PREVISTO EM LEI, BASTANDO APENAS QUE CONTRARIE O SEU ESPÍRITO. NÃO OBSTANTE SER LÍCITA A ATIVIDADE DA INDÚSTRIA FUMAGEIRA, A PAR DE ALTAMENTE LUCRATIVA, ESTA MESMA INDÚSTRIA, DESDE O PRINCÍPIO, SEMPRE TEVE CIÊNCIA E CONSCIÊNCIA DE QUE O CIGARRO VICIA E CAUSA CÂNCER, ESTANDO CIENTIFICAMENTE COMPROVADO QUE O FUMO CAUSA DEPENDÊNCIA QUÍMICA E PSÍQUICA, CÂNCER, ENFISEMA PULMONAR, ALÉM DE OUTROS MALES, DE FORMA QUE A OMISSÃO DA INDÚSTRIA BEIRA AS FRONTEIRAS DO DOLO. A OCULTAÇÃO DOS FATOS, MASCARADA POR PUBLICIDADE ENGANOSA, MASSIFICANTE, COOPTANTE E ALICIANTE, ALÉM DA DEPENDÊNCIA QUÍMICA E PSÍQUICA, NÃO PERMITIA E NÃO PERMITE AO INDIVÍDUO A FACULDADE DA LIVRE OPÇÃO, POIS SEMPRE HOUVE PUBLICIDADE APELATIVA, SOBRETUDO EM RELAÇÃO AOS JOVENS, SENDO NECESSÁRIO UM VERDADEIRO CLAMOR PÚBLICO MUNDIAL PARA FREAR A GANÂNCIA DA INDÚSTRIA E OBRIGAR O PODER PÚBLICO À ADOÇÃO DE MEDIDAS DE PREVENÇÃO A PARTIR DE DETERMINAÇÕES EMANADAS DE ÓRGÃOS GOVERNAMENTAIS. AINDA QUE SE CONSIDERE QUE A PROPAGANDA E A DEPENDÊNCIA NÃO ANULEM A VONTADE, **O FATO É QUE A VOLUNTARIEDADE NO USO E A LICITUDE DA ATIVIDADE DA INDÚSTRIA NÃO AFASTAM O DEVER DE INDENIZAR. DESIMPORTA A LICITUDE DA ATIVIDADE PERANTE AS LEIS DO ESTADO E É IRRELEVANTE A DEPENDÊNCIA OU VOLUNTARIEDADE NO USO OU CONSUMO PARA AFASTAR A RESPONSABILIDADE. E ASSIM É PORQUE SIMPLESMENTE O ORDENAMENTO JURÍDICO NÃO CONVIVE COM A INIQÜIDADE E NÃO PERMITE QUE ALGUÉM CAUSE DOENÇA OU MATE SEU SEMELHANTE SEM QUE POR ISSO TENHA**

> **RESPONSABILIDADE. A LICITUDE DA ATIVIDADE E O USO OU CONSUMO VOLUNTÁRIO NÃO PODEM LEVAR À IMPUNIDADE DO FABRICANTE OU COMERCIANTE DE PRODUTO QUE CAUSA MALEFÍCIOS ÀS PESSOAS, INCLUSIVE A MORTE. SEMPRE QUE UM PRODUTO OU BEM – SEJA ALIMENTÍCIO, SEJA MEDICAMENTO, SEJA AGROTÓXICO, SEJA À BASE DE ÁLCOOL, SEJA TRANSGÊNICO, SEJA O PRÓPRIO CIGARRO – ACARRETE MAL ÀS PESSOAS, QUEM O FABRICOU OU COLOCOU NO MERCADO RESPONDE PELOS PREJUÍZOS DECORRENTES. ANTE AS CONSEQÜÊNCIAS DESASTROSAS DO PRODUTO, COMO É O CASO DOS AUTOS, QUE LEVAM, MAIS TRAGICAMENTE, À MORTE, NÃO PODE O FABRICANTE ESQUIVAR-SE DE ARCAR COM AS INDENIZAÇÕES CORRESPONDENTES. MESMO QUE SEJA LÍCITA A ATIVIDADE, NÃO PODE AQUELE QUE A EXERCE, COMETENDO ABUSO DE SEU DIREITO, POR OMISSÃO, OCULTAR AS CONSEQÜÊNCIAS DO USO DO PRODUTO E SAFAR-SE DA RESPONSABILIDADE DE INDENIZAR, ESPECIALMENTE SE, ENTRE ESSAS CONSEQÜÊNCIAS, ESTÃO A CAUSAÇÃO DE DEPENDÊNCIA E DE CÂNCER, QUE LEVARAM A VÍTIMA À MORTE.** (...) APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA, POR MAIORIA. (grifos adicionados)

Atualmente a indústria do tabaco tem sido considerada "anormal" em razão da fraude por ela perpetrada e de sua estratégia para fazer parecer que seu negócio é normal. Documento preparado pela ACT com base no texto *"Tobacco Industry Denormalization: Telling the Truth About the Tobacco Industry´s Role in the Tobacco Epidemic"* (A Anormalidade[72] da Indústria do Tabaco: Falando a Verdade Sobre o Papel da Indústria do Tabaco na Epidemia do Tabagismo – doc 14 [73]), da Organização Non-Smokers' Rights Association, do Canadá dá conta dessa irregularidade da indústria tabagista:

> *Nas palavras da indústria do tabaco, **não há porque se preocupar com as doenças provocadas por uma indústria 'legal', que***

[72] A palavra 'denormalization' não existe em inglês, tampouco sua tradução para o português, como 'desnormalização'. O sentido do termo é que a indústria do tabaco não é uma empresa normal, como todas as demais, apesar de ser um negócio legal.
[73] http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/11_Irregularidade-da-industria-tabaco.pdf acessado em 21/05/2009.

> ***produz e vende um produto de 'qualidade', 'legal', 'normal'***. *Através deste discurso, ela torna-se sem problemas e, portanto, não há porque tratar as empresas de tabaco de forma diferente de outras. (...)*
> *Mas até que ponto isso é verdade? De acordo com Organização Mundial da Saúde, em seu último relatório, lançado no começo de fevereiro de 2008, se não houver um esforço global para diminuir o número de fumantes, o tabagismo pode matar 1 bilhão de pessoas no século 21, nos países em desenvolvimento, grupo no qual o Brasil está enquadrado. Esta previsão significa 10 vezes mais mortes do que no século passado.* ***O cigarro mata 5,4 milhões por ano no mundo (mais do que a soma das vítimas de tuberculose, malária e Aids)****, número, aliás, que deve crescer para 8 milhões em 2030, de acordo com projeção da OMS.*
> ***Diferente de outras epidemias dos dias atuais, como a Aids, SARS ou gripe, esta epidemia é uma cortesia da indústria. Não como qualquer indústria, mas uma indústria 'legal', que vende um produto 'normal', 'legal'. Apenas o que a lei permite.*** *Não o que é ético. Ou moral.* ***Mas o que a lei, historicamente, permitiu que se faça****.* (grifos adicionados)

Esclareça-se que a ANVISA não chancela o produto cigarro, apenas faz controle do que está no mercado. Aliás, o cigarro só começa a ser regulado, controlado e fiscalizado no Brasil com a Lei 9.782, de 26/1/**1999**, que cria a ANVISA.

Confira-se o que declara a ANVISA em sua página eletrônica ao listar as marcas de cigarro *cadastradas* para 2008[74]:

[74] http://www.anvisa.gov.br/tabaco/lista_marcas_250708.pdf acessado em 27/8/2008

AVISO IMPORTANTE:
O CADASTRO junto a ANVISA tem o objetivo fundamental de buscar informações sobre os produtos que estão sendo comercializados no país, visando o conhecimento dos níveis de exposição para o consumidor e para o fumante passivo dos compostos tóxicos e altamente cancerígenos presentes no tabaco e na fumaça, bem como as composições químicas desses produtos. Dessa forma, torna-se possível a criação de mecanismos que auxiliem no estabelecimento de medidas sanitárias eficazes para o CONTROLE DO TABAGISMO no país.
Tendo em vista que TODOS os produtos derivados do tabaco causam graves males à saúde de seus consumidores, sem qualquer benefício associado, ressaltamos que a relação de marcas cadastradas não deve ser utilizada como ferramenta de escolha para os consumidores.
Segundo dados da OMS o tabagismo é considerado a principal causa de morte evitável em todo o mundo, e estima que a cada ano no mundo cerca de 4 milhões de pessoas morrem prematuramente devido ao consumo do tabaco, o que corresponde a mais de 10 mil mortes por dia.
No Brasil, estima-se que cerca de 200.000 mortes/ano sejam decorrentes do tabagismo, que é responsável por:
- 90% dos cânceres de pulmão e 30% de outros tipos de câncer (boca, laringe, faringe, esôfago, rins, estômago,...);
- 25% das mortes por doença coronariana, como angina e infarto;
- 85% das mortes por doença pulmonar obstrutiva crônica, como bronquite e enfisema;
- 25% das mortes por doença cerebrovascular, como o derrame cerebral;
- Doenças como aneurismas arteriais, úlcera do trato digestivo, infecções respiratórias, reações alérgicas;
- Partos prematuros e nascimento de bebês com baixo peso;
- Mortes precoces de cidadãos em idade produtiva (os fumantes têm maior probabilidade de morrer por doença
coronariana, especialmente os fumantes jovens);
- Impotência sexual;
- Redução da qualidade de vida do fumante e de sua família.

Não existe cigarro seguro. Todo produto derivado do tabaco causa graves males à saúde da população, seja ela consumidora ou exposta aos componentes tóxicos do cigarro, chamado fumante passivo.
(sublinhamos)

Vale, ademais, rebater argumentos comumente utilizados pelas co-rés com o fim de *sensibilizar* o Poder Judiciário mas que, além de não justificarem a exclusão de sua responsabilidade, não encontram respaldo na realidade dos fatos.

(i) As fabricantes de cigarros co-rés pagariam impostos em demasia

O primeiro argumento é que pagariam impostos em demasia, beneficiando os cofres públicos. Esse fato não encontra mais respaldo na realidade.

Até maio de 1999 a cobrança do IPI sobre o cigarro era feita à alíquota *ad valorem* de 330% (trezentos e trinta por cento), a incidir sobre a base de cálculo de 12,5% sobre o preço de venda no varejo de cada maço, ou seja, 41,25%.

Em 1/6/1999, o Poder Executivo editou o Decreto no. 3.070/1999, que alterou a sistemática de cobrança do imposto resultando em substancial redução na arrecadação do IPI, em percentuais que vão de **24,34%** a **64,32%** dos valores antes incidentes sobre o preço de venda no varejo de cada maço de cigarros (média de **44%**).

Houve, assim, expressiva redução na arrecadação do IPI sobre o cigarro a partir da edição do Decreto:

Mês/Ano	1999		
	IPI Fumo	Outros Impostos e Contribuições	TOTAL
Janeiro	**213,2**	44,8	258,0
Fevereiro	**219,3**	33,0	252,3
Março	**195,1**	34,9	230,0
Abril	**221,1**	38,2	259,3
Maio	**205,9**	35,0	240,9
Junho	**192,3**	48,8	241,1
Julho	**161,6**	25,8	187,4
Agosto	**174,2**	35,7	209,9
Setembro	**172,2**	27,9	200,1
Outubro	**170,7**	24,4	195,1
Novembro	**180,2**	27,9	208,1
Dezembro	**176,6**	40,1	216,7
Total	**2.282,4**	**416,5**	**2.698,9**

Fonte: Sistemas SRF
Valores em R$ milhões

Essa situação se repetiu nos anos seguintes conforme mostra tabela comparativa abaixo:

	IPI Fumo Bruto/Total do IPI (%)	IPI Fumo Bruto/Total da Arrecadação administrada pela SRF (%)	IPI Fumo Bruto/ Total da Arrecadação Federal (%)	IPI Fumo/PIB (%)	Arrecadação administrada pela SRF/PIB (%)	Total da Arrecadação Federal/ PIB (%)
1992	18,35	4,23	n.d	0,43	12,05	15,22
1993	17,09	3,74	3,43	0,42	12,26	17,30
1994	16,68	2,81	2,74	0,37	13,03	18,92
1995	18,25	3,07	2,96	0,35	11,90	16,77
1996	18,53	3,13	3,02	0,34	11,27	16,14
1997	16,87	2,65	2,52	0,30	12,00	16,93
1998	15,56	2,15	1,91	0,26	13,60	18,74
1999	13,83	1,61	1,46	0,21	14,23	19,66
2000	10,60	1,20	1,13	0,17	14,99	19,93
2001	10,31	1,06	1,02	0,15	15,11	20,77
2002	9,71	0,83	0,79	0,13	16,44	21,66
2003	10,13	0,78	0,73	0,12	16,08	20,98
2004	10,06	0,77	0,71	0,12	16,61	21,61
2005	8,73	0,67	0,63	0,11	16,79	22,74
2006	8,51	0,65	0,61	0,10	16,73	23,30
2007	8,29	0,65	0,61	0,11	17,55	24,19
2008 1 semestre	8,58	0,67	0,61	n.d	n.d	n.d

Fonte: www.ipeadata.gov.br

Como se vê, se em 1992 o IPI do cigarro representava 18,4% do total do IPI arrecadado, em 2007 essa participação chegou a 8,3%

De acordo documento elaborado pelo Banco Mundial[75] em agosto de 2007 (doc. 10):

> ***A queda de preços reais no Brasil foi acompanhada por uma redução na proporção de impostos arrecadados por maço****. Dessa maneira, a política tributária favoreceu a tendência decrescente dos preços reais.* ***A arrecadação do Imposto sobre***

[75] *Controle do Tabagismo no Brasil,* Roberto Iglesias, Prabhat Jha, Márcia Pinto, Vera Luiza da Costa e Silva, e Joana Godinho. Departamento de Desenvolvimento Humano do Banco Muncial, Região da América Latina e do Caribe. Agosto/2007. Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento/Banco Mundial. Washington, p. 89 a 91.

Produtos Industrializados (IPI) caiu em termos reais, desde 1996; esse fenômeno foi acentuado depois que o IPI aplicado a cigarros tornou-se um imposto específico. *As evidências indicam que a quantidade vendida no mercado doméstico se manteve praticamente constante nos últimos anos, e que os preços reais não exibiram tendência decrescente. Conseqüentemente,* ***o principal fator por trás da queda da arrecadação real de impostos sobre cigarros vem sendo a redução da proporção de IPI arrecadado por cada maço de cigarros.***

A administração do IPI sobre os cigarros, que é um imposto federal, explica a queda de preços do produto. Os fabricantes pagam o IPI quando os cigarros saem da fábrica, para distribuição aos revendedores. ***Até 1999, a alíquota era*** **ad valorem,** ***que correspondia a 41,25 por cento do preço de venda dos cigarros no varejo; a partir dessa data, tornou-se um imposto específico. A mudança não foi bem sucedida, já que a arrecadação de receitas gerada pelo IPI sobre os cigarros acabou caindo, em termos reais.*** *A inflação minou as taxas nominais, e a Secretaria da Receita Federal não conseguiu manter a pressão de impostos reais sobre os cigarros.*

(...)

O IPI sobre os cigarros é a principal fonte de receita tributária federal proveniente das empresas fabricantes. ***A arrecadação do IPI aumentou em termos reais de 1992 a 1996, mas vem caindo desde então.*** *Em 2004, depois de um aumento dos impostos ocorrido no final de 2003, houve uma recuperação real da arrecadação do IPI.* ***Em 1996, o imposto específico sobre o fumo contribuiu com US$ 2,9 bilhões para a receita federal, mas somente com US$ 945 milhões em 2005****.* (grifos adicionados).

A legislação que alterou a cobrança do IPI sobre o cigarro é questionada judicialmente através da Ação Popular no. 200561000115665, em trâmite perante a 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo e que serviu de fonte para parte das informações acima.

As co-rés, portanto, têm se beneficiado da política tributária nacional. Apesar do aumento geral da carga tributária nas últimas décadas, curiosamente o caminho inverso tem sido o adotado com relação à indústria tabagista, não obstante expressa recomendação da OMS para o aumento da carga tributária e, consequentemente, dos preços do cigarro.

Por outro lado, o que o Estado brasileiro tem gasto com doenças decorrentes do tabagismo são somas altíssimas. Segundo recentíssima pesquisa da economista Márcia Pinto, da Fundação Osvaldo Cruz, o sistema único de saúde (SUS) tem prejuízo anual de R$ 338 milhões de reais apenas com alguns dos tratamentos de doenças ligadas ao tabagismo. Os valores estão sub-dimensionados porque o estudo analisou somente os custos com internação e quimioterapia. Os valores gastos com medicamentos, cirurgias e tratamento de fumantes passivos não foram incluídos.[76]

(ii) As co-rés gerariam riqueza e desenvolvimento

Deve-se combater também o argumento de que as empresas fabricantes de cigarro gerariam riqueza e desenvolvimento com sua atividade. A posição de destaque ocupada na economia brasileira por essa indústria se deve ao fato de o Brasil ser um dos maiores produtores e exportadores de tabaco do mundo, e de seu produto sempre ter sido altamente tributado. *"Mas o grande equívoco, nessa questão, reside em se* ***confundir importância econômica de um produto com importância de um produto como fonte de riqueza e desenvolvimento*** *para um país. Se, de fato, o tabaco é produto importante na economia brasileira desde o descobrimento até os dias atuais, ele está longe*

[76] O Estado de São Paulo, p. A14, edição de 17.3.2008.

de se constituir em fonte de riqueza para o Estado e para as pessoas".[77] (grifamos)

Uma das razões de ser o Brasil um dos principais exportadores do tabaco no mundo é o baixo custo de sua produção, relacionado aos contratos de integração com as famílias de fumicultores no sul do país, altamente endividados e obrigados a utilizar seus filhos na produção. Essa situação é objeto de 18 ações civis públicas[78] movidas contra cada uma das produtoras de tabaco que utilizam fumicultores de Santa Catarina e do Paraná. Naqueles processos o Ministério Público do Trabalho exige o reconhecimento do vínculo empregatício, a proibição do uso de mão de obra infantil e a exclusão de uma série de cláusulas leoninas que impedem aos fumicultores de se desvincularem das garras da indústria.

> *"O trabalho direto na plantação e cultivo de tabaco gera conseqüências sérias à saúde dos trabalhadores e, conforme se assinalou, é pouco rentável. O ministério da saúde brasileiro reconhece que, embora a relação entre os agricultores e a indústria seja de dependência mútua, aqueles se encontram sujeitos ao poder destes. O poder de compra da indústria é maior do que a capacidade de barganha do agricultor."*[79]

Reportagem da rede Globo de televisão para jornal local do Paraná e parcialmente reproduzida no programa dominical *Fantástico* encontra-se em DVD que instrui a presente manifestação (doc. 4).

---

[77] Amanda Flávio de Oliveira, *Direito de (não) fumar – Uma abordagem humanista*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 71.

[78] No Paraná, 5 das ações tramitam perante a 18ª Vara do Trabalho de Curitiba, processos no. 37576-2007-652, 37568-2007-652, 37573-2007-652, 37567-2007-652, 37569-2007-652. Uma ação tramita perante a Vara do Trabalho de Pinhais, processo no. 05401-2007-670-9-0-1. A petição inicial dessas ações pode ser encontrada em http://www.actbr.org.br/pdfs/acao-procuradoria.pdf

[79] Amanda Flávio de Oliveira, cit., p. 82.

Mesmo o meio ambiente é afetado pela atividade da indústria do tabaco que gera desmatamento, desequilíbrio ecológico, secagem dos rios e problemas no abastecimento de água[80]. O processo de secagem da folha de tabaco em fornos a lenha também tem grave impacto ambiental[81]. Sem falar nos incêndios decorrentes de pontas de cigarro que, no Brasil, representam 25% do total em áreas rurais e urbanas[82].

Sob outro ângulo, cada vez mais o uso do cigarro está associado à pobreza. A OMS elegeu o tema: *Tabaco E Pobreza* para as comemorações do dia mundial sem tabaco de 2004 quando lançou o relatório: *Tobacco and Poverty: A Vicious Cicle*[83] (Tabaco E Pobreza: Um Ciclo Vicioso) De acordo com o Banco Mundial, o consumo de cigarros tem crescido entre a população pobre e pouco instruída e diminuído entre os ricos e mais instruídos.[84]

Conforme detectado pela OMS, a epidemia do tabagismo está se transferindo para os países em desenvolvimento onde 80% das mortes relacionadas ao tabagismo ocorrerão nas próximas décadas. Essa mudança é causada pela estratégia global de *marketing* das fabricantes de cigarros que mira os jovens e adultos desses países[85]

Deve-se computar ainda os gastos pessoais com cigarros e o impacto no orçamento doméstico, além dos gastos sociais com recursos em saúde, tema

---

[80] Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer. *Bases para a implantação de um programa de contorle do tabagismo*, p. 39, *apud* Amanda Flávio de Oliveira, cit., p. 83.
[81] Amanda Flávio de Oliveira, cit. p. 83.
[82] Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer. *Bases para a implantação de um programa de contorle do tabagismo*, p. 7, *apud* Amanda Flávio de Oliveira, cit., p. 84.
[83] http://www.ingcat.org/linked%20files/Poverty_en.pdf acessado em 21/05/2009
[84] Banco Mundial; Organización Panamericana de La Salud. *La epidemia de tabaquismo*. Los gobiernos y los aspectos económicos del control del tabaco, p. 18, *apud*, Amanda Flávio de Oliveira, op. cit., p. 75.
[85] *"Tragically, the epidemic is shifting towards the developing world, where 80% of tobacco-related deaths will occur within a few decades. The shift is caused by a global tobacco industry marketing strategy that targets young people and adults in developing countries."* http://www.who.int/features/factfiles/tobacco_epidemic/tobacco_epidemic_facts/en/index1.html acessado em 21/05/2009

tratado no item anterior, socializados pela sociedade enquanto a indústria retém para si o lucro obtido pela dependência dos fumantes.

Concluindo: a licitude da atividade da indústria do tabaco não é excludente de responsabilidade. Traz, ela, mais custos para a sociedade do que benefícios, que ficam restritos aos seus acionistas.

9. CONCLUSÃO E PEDIDO

Diante de todo o exposto, é a presente para requerer a admissão da ACT como litisconsorte ativo, uma vez preenchidos os requisitos legais e demonstrado o interesse em sua participação na ação.

Requer-se, ainda, seja a ação julgada totalmente procedente para condenar, genericamente, as co-rés nos termos do pedido inicial.

Requer-se, outrossim, sejam as partes intimadas a se manifestar sobre os documentos ora juntados.

Finalmente, requer-se que todas as publicações referentes à presente ação, para que válidas e vinculativas, sejam realizadas em nome de **CLARISSA MENEZES HOMSI – OAB/SP 131.179** e **ADRIANA PEREIRA DE CARVALHO – OAB/SP 148.379**.

Nestes Termos,
P. Deferimento,
São Paulo, 26 de maio de 2009

CLARISSA MENEZES HOMSI
OAB/SP 131.179.