

ENTRE AUTONOMIA E RESPONSABILIDADE: DA IMPUTAÇÃO DE DANOS ÀS TABAQUEIRAS NO DIREITO COMPARADO

*BETWEEN AUTONOMY AND ACCOUNTABILITY:
TORTS AND TOBACCO COMPANIES IN COMPARATIVE LAW*

DARIO MOURA VICENTE

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Recebido em: 26.09.2014
Aprovado em: 29.09.2014

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: O artigo tem por objeto o estudo da responsabilidade civil da indústria do tabaco sob a óptica do direito comparado. O estudo revelou que a maior parte dos países rejeita a tese da imputação de danos à indústria do tabaco com base na violação de obrigações contratuais. A jurisprudência dos tribunais de um vasto número de países tende a considerar que não se encontram preenchidos os pressupostos da responsabilidade pela violação de deveres de informação ou pela prestação de informações falsas, maxime a ocorrência de um facto ilícito e de um nexo de causalidade entre este e o dano sofrido pela vítima. Mesmo que esses pressupostos se encontrem preenchidos, essa responsabilidade é, ainda assim, excluída em vários sistemas jurídicos pela conduta da vítima, em virtude da aceitação voluntária dos riscos inerentes aos produtos do tabaco ou da censurabilidade dessa conduta. A responsabilidade fundada no carácter defeituoso do produto é também rejeitada. Conclui-se, assim, que os danos causados por produtos de tabaco cujas características não sejam objeto de informações falsas ou erradas por parte dos respectivos fabricantes são, em princípio, insuscetíveis de imputação a estes últimos.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil. Tabaco. Contrato. Informação.

ABSTRACT: The article focuses on the study of civil liability of the tobacco industry from the perspective of comparative law. The study revealed that most countries reject the thesis of the imputation of damage to the tobacco industry on the basis of breach of contractual obligations. The courts jurisprudence of several countries tends to disconsider the assumptions of liability for breach of information duties or for providing false information. At most, it is considered the occurrence of an unlawful act and a causal link between this and the harm suffered by the victim. Even if these assumptions are met, such responsibility is still excluded in various legal systems for the conduct of the victim, due to the voluntary acceptance of risks inherent to tobacco products or the reprehensibility of that conduct. Liability based on defective character of the product is rejected. Thus, it is concluded that the damage caused by tobacco products whose characteristics are not subject to false or erroneous by the respective manufacturers information is in principle insusceptible of liability by such producers.

KEYWORDS: Civil liability – Tobacco – Contract – Information.

SUMÁRIO: I. Introdução: 1. Posição do problema; 2. Objeto e âmbito da investigação – II. Dos fundamentos de imputação de danos às tabaqueiras no direito comparado; 3. Incumprimento de

obrigações contratuais; 4. Violação de deveres de informação ou prestação de informações falsas; 5. Colocação em circulação de produtos defeituosos; 6. Detenção de coisas ou exercício de atividades perigosas – III. Das causas de exclusão da responsabilidade das tabaqueiras no direito comparado; 7. Consentimento do lesado; 8. Culpa do lesado – IV. Síntese comparativa: 9. A diferente relevância da responsabilidade civil das tabaqueiras nos sistemas jurídicos contemporâneos; 10. A convergência de resultados entre os sistemas jurídicos nacionais no tocante à responsabilidade civil das tabaqueiras.

I. INTRODUÇÃO

1. *Posição do problema*

Existirão hoje em todo o mundo, segundo as estimativas oficiais, mais de mil milhões de fumadores.¹ Embora a prevalência do consumo de produtos derivados do tabaco se encontre em declínio nos países ditos ocidentais, crê-se que ela está a aumentar no resto do globo.

É, por outro lado, há muito conhecida a correlação entre o consumo de produtos derivados do tabaco e certas doenças diagnosticadas em alguns dos seus consumidores, entre as quais avulta o cancro do pulmão.² Estima-se atualmente que morram por ano cerca de seis milhões de pessoas em virtude de doenças associadas ao consumo do tabaco.³

A questão da imputabilidade aos fabricantes de tabaco dos danos sofridos por terceiros como consequência do consumo deste produto tem, por isso, ocupado intensamente a doutrina e a jurisprudência de diversos países ao longo das últimas cinco décadas.

Contra essa imputabilidade invoca-se que o consumidor de tabaco é livre de fazer as suas opções e que, desde que informadas, estas não devem responsabilizar terceiros. Portanto, o consumo de tabaco não poderia levar à imputação aos seus fabricantes dos danos sofridos pelo consumidor.

-
1. Cf. Organização Mundial da Saúde, *WHO Report on the Global Tobacco Epidemic, 2011. Warning about the Dangers of Tobacco*, Genebra, 2011. p. 7.
 2. Dela dava conta, no início do século XVII, Jaime I de Inglaterra, num escrito que ficou célebre, intitulado *A Counterblaste to Tobacco*, Londres, 1604, em que se pode ler: “Have you not reason then to bee ashamed, and to forbear this filthie noveltie, so basely grounded, so foolishly received and so grossely mistaken in the right use thereof? In your abuse thereof sinning against God, harming your selves both in persons and goods, and raking also thereby the markes and notes of vanitie upon you: by the custome thereof making your selves to be wondered at by all forraine civil Nations, and by all strangers that come among you, to be scorned and contemned. A custome lothsome to the eye, hatefull to the Nose, harmefull to the braine, dangerous to the Lungs, and in the blacke stinking fume thereof, nearest resembling the horrible Stigian smoke of the pit that is bottomelesse”.
 3. Cf. Organização Mundial da Saúde, est. cit., p. 8.

Contudo, é bem sabido que alguns fumadores começaram a consumir produtos de tabaco antes de terem sido publicamente divulgadas as conclusões dos primeiros estudos científicos sobre os efeitos potencialmente nocivos deste (o que apenas sucedeu nos anos cinquenta do século passado).⁴ Por outro lado, um número não despreciando de consumidores iniciou-se nesta prática antes de atingir a maioria; e têm (ou tiveram durante muito tempo) certa influência sobre o hábito de fumar a pressão social e a publicidade dos produtos de tabaco promovida pelos respectivos fabricantes. Observa-se, além disso, que a nicotina contida nos cigarros é uma substância suscetível de gerar dependência, o que dificulta a cessação do consumo dos produtos em questão. Por estes motivos, diz-se, nem sempre a vontade dos consumidores de produtos derivados do tabaco pode considerar-se corretamente formada. E, acrescenta-se, nos casos de danos sofridos pelos denominados “fumadores passivos” falta, por natureza, qualquer forma de autodeterminação da vítima.

Não obstante o argumento que contra ela pode ser extraído do princípio da autonomia privada, a questão da imputabilidade às tabaqueiras dos danos sofridos pelos consumidores dos seus produtos e pelas demais pessoas expostas ao fumo de tabaco mantém, por isso, a sua pertinência.

A recente adoção pela União Europeia de uma nova Diretiva relativa ao fabrico, à apresentação e à venda de tabaco e produtos afins⁵ veio conferir a esta matéria renovado interesse e atualidade.⁶

2. Objeto e âmbito da investigação

Propomo-nos examinar neste estudo, numa perspetiva de comparação de direitos, o regime da responsabilidade civil das empresas tabaqueiras por esses danos.

Procuraremos fundamentalmente determinar se, e em que medida, pode descortinar-se na jurisprudência dos sistemas jurídicos mais significativos uma orientação uniforme quanto a este tema e, nos aspetos em que falte essa orientação, quais

4. Entre os primeiros estudos científicos sobre a matéria destaca-se o artigo de Richard Doll e A. Bradford Hill, intitulado “Smoking and Carcinoma of the Lung”, publicado no *British Medical Journal*, 1950, p. 739 ss. Teve também particular impacto, nesta matéria, o relatório do Surgeon General’s Advisory Committee on Smoking and Health, intitulado *Smoking and Health*, divulgado nos Estados Unidos da América em 1964, no qual se declarou, como conclusão central: “Cigarette smoking is a health hazard of sufficient importance in the United States to warrant appropriate remedial action”.

5. Diretiva 2014/40/UE, de 03.04.2014, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros no que respeita ao fabrico, apresentação e venda de produtos do tabaco e produtos afins e que revoga a Diretiva 2001/37/CE, publicada no *Jornal Oficial da União Europeia*, série L, n. 127, de 29.04.2014, p. 1 ss.

6. Cf. os trabalhos preparatórios dessa Diretiva em [http://ec.europa.eu/health/tobacco/products/index_pt.htm].

os principais *tipos de soluções* atualmente adotados por esses sistemas jurídicos quanto ao ressarcimento dos referidos danos.

Serão aqui objeto de análise, essencialmente, os sistemas jurídicos das duas grandes famílias de Direitos pelas quais se reparte hoje o hemisfério ocidental:⁷ (a) A romano-germânica, na qual nos iremos ater, pela sua especial representatividade na matéria em exame, aos sistemas jurídicos alemão, brasileiro, espanhol, francês, holandês, italiano e português; e (b) A família de *Common Law*, a respeito da qual examinaremos em particular o direito vigente nos Estados Unidos, dada a extraordinária projeção que esta matéria aí teve. Será ainda tido em conta um sistema jurídico híbrido, que congrega as características próprias daquelas duas famílias jurídicas: o da Escócia.

Crê-se ser possível traçar nesta base um panorama suficientemente preciso e abrangente das principais tendências que se desenham na atualidade quanto ao tema do presente estudo.

Para tanto, procuraremos em primeiro lugar examinar os diferentes *fundamentos possíveis da imputação de danos* às tabaqueiras nos sistemas jurídicos mencionados, dando a este propósito particular relevo à jurisprudência emanada dos respetivos tribunais. Em seguida, ocupar-nos-emos das *causas de exclusão da responsabilidade* das tabaqueiras mais comumente consideradas pelos tribunais dos sistemas jurídicos em exame. Finalmente, tentar-se-á, numa síntese comparativa, apurar os principais *fatores de diferenciação* entre os referidos sistemas jurídicos que se desprendem da análise comparativa anteriormente levada a cabo, bem como os *pontos de convergência* que podem detetar-se entre eles, e explicitar as razões que os determinam.

II. DOS FUNDAMENTOS DE IMPUTAÇÃO DE DANOS ÀS TABAQUEIRAS NO DIREITO COMPARADO

3. *Incumprimento de obrigações contratuais*

a) O incumprimento de obrigações contratuais, resultantes de garantias expressas ou implícitas (*express or implied warranties*) alegadamente prestadas pelas empresas tabaqueiras quanto aos produtos por si comercializados, foi um dos primeiros fundamentos invocados nas ações intentadas nos Estados Unidos por vítimas do consumo de tabaco.

Por *express warranty* entende-se, segundo o § 2-313 do Uniform Commercial Code norte-americano: “any affirmation of fact or promise made by the seller to the buyer which relates to the goods and becomes part of the basis of the bargain”.

7. Cf., a este respeito, o nosso *Direito comparado*, 3. ed., Coimbra, 2014, vol. I.

Tais afirmações originam, segundo a mesma disposição legal: “an express warranty that the goods shall conform to the affirmation or promise”.

As *implied warranties* correspondem às qualidades comuns das coisas, que o vendedor implicitamente garante nas coisas por ele vendidas. Dispõe, a este respeito, o § 2-314 do referido Código:

“(1) Unless excluded or modified, a warranty that the goods shall be merchantable is implied in a contract for their sale if the seller is a merchant with respect to goods of that kind (...).

(2) Goods to be merchantable must be at least such as (c) are fit for the ordinary purposes for which such goods are used.”

Alegou-se, com base nestas disposições, que certos fabricantes de produtos de tabaco haviam garantido, através da publicidade, a qualidade desses produtos e a sua inocuidade. Deveriam, assim, responder no caso de os respetivos consumidores padecerem danos, pelo incumprimento de uma obrigação contratual.

Foi o que sucedeu, por exemplo, no caso *Pritchard v. Ligett and Myers Tobacco Co.*,⁸ em que foi invocada a violação pela ré de uma *express warranty* de que os seus produtos não seriam tóxicos, prestada através de *slogans* publicitários divulgados antes da imposição, por legislação federal datada de 1965, da inclusão nos invólucros de produtos de tabaco de certas advertências a que voltaremos a seguir.⁹

O autor, Otto Pritchard, contraíra um cancro do pulmão. Era consumidor desde os 15 anos de cigarros da marca “Chesterfield”, que durante certo período de tempo haviam sido anunciados nos Estados Unidos com declarações do seguinte teor:

“A good cigarette can cause no ills and cure no ailments (...) but gives you a lot of pleasure, peace of mind and comfort.”

“Nose, throat, and accessory organs [are] not adversely affected by smoking.”

O Tribunal Federal de Apelação para o 3.º Circuito considerou, numa decisão proferida em 26 de julho de 1965, que a fim de haver responsabilidade por *express warranties* o autor teria tido de provar que a vítima “confiara razoavelmente” (*had reasonably relied*) nessas declarações: a confiança (*reliance*) nas declarações do vendedor seria, no direito norte-americano, um requisito indispensável à existência de uma *warranty* que o vincule perante o comprador. Determinou, por isso, aquele Tribunal um novo julgamento da causa pelo Tribunal Federal de Primeira Instância, a fim de se ajuizar da verificação deste requisito. Os demandantes, sucessores da vítima, desistiram porém subsequentemente da ação.

8. 350 F.2d 479.

9. Ver adiante, n. 4 a).

Também no caso *Cipollone v. Ligett Group, Inc.*, j. 1988,¹⁰ um Tribunal Federal de New Jersey condenou a ré Ligett a indenizar, no montante de 400.000 dólares, o viúvo de Rosa Cipollone, fumadora desde os 16 anos de cigarros da marca “Chesterfield”, pela perda do seu cônjuge, que falecera devido a um cancro do pulmão, com fundamento na violação de *express warranties* respeitantes à segurança dos seus produtos e na omissão de aviso (*failure to warn*) aos consumidores sobre os riscos para a saúde inerentes ao fumo de cigarros. O tribunal rejeitou, no entanto, a imputação à ré de quaisquer danos sofridos pela própria Rosa Cipollone, com fundamento em que esta havia sido responsável em 80% pela ocorrência dos mesmos.

O Tribunal de Apelação do 3.º Circuito anulou a sentença do Tribunal Federal de 1.ª instância, com fundamento na ausência da prova de que a vítima havia confiado nos anúncios da ré; e também porque entendeu que as pretensões do autor estavam precludidas (*preempted*) pela legislação federal sobre as advertências exigíveis nos invólucros dos produtos de tabaco, as quais impediriam o acionamento dos produtores de tabaco com fundamento em exigências adicionais de informação resultantes dos Direitos estaduais.

Confrontado com esta última questão, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos decidiu, em 1992, que a legislação federal em causa apenas precludia a instauração de ações fundadas na falta de informação e em *misrepresentation*, mas não na violação de *express warranties*. Para tanto, aduziu aquele Tribunal:

“A manufacturer’s liability for breach of an express warranty derives from, and is measured by, the terms of that warranty. Accordingly, the ‘requirement[s]’ imposed by an express warranty claim are not ‘imposed under State law,’ but rather imposed by the warrantor. If, for example, a manufacturer expressly promised to pay a smoker’s medical bills if she contracted emphysema, the duty to honor that promise could not fairly be said to be ‘imposed under state law,’ but rather is best understood as undertaken by the manufacturer itself. While the general duty not to breach warranties arises under state law, the particular ‘requirement (...) based on smoking and health (...) with respect to the advertising or promotion [of] cigarettes’ in an express warranty claim arises from the manufacturer’s statements in its advertisements. In short, a common-law remedy for a contractual commitment voluntarily undertaken should not be regarded as a ‘requirement . . . imposed under State law’ within the meaning of 5(b). That the terms of the warranty may have been set forth in advertisements, rather than in separate documents, is irrelevant to the

10. 693 F.Sup. 208. Ver, sobre essa decisão, Peter F. Riley, “The Product Liability of the Tobacco Industry: Has *Cipollone v. Liggett Group* Finally Pierced the Cigarette Manufacturers’ Aura of Invincibility?”, *Boston College Law Review*, vol. 30 (1989), p. 1103 ss.; Marcello D. Stalteri, “Il problema della responsabilità del produttore di sigarette e il caso *Cipollone*: l’assalto alla cittadella è realmente cominciato?”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XL (1994), n. 1, p. 189 ss.

preemption issue (though possibly not to the state-law issue of whether the alleged warranty is valid and enforceable), because, although the breach of warranty claim is made ‘with respect to . . . advertising,’ it does not rest on a duty imposed under state law. Accordingly, to the extent that petitioner has a viable claim for breach of express warranties made by respondents, that claim is not preempted by the 1969 Act.”¹¹

O caso foi em seguida reenviado pelo Supremo Tribunal ao Tribunal Federal de 1.^a Instância, a fim de que o processo aí prosseguisse em conformidade com o decidido pelo primeiro. No entanto, os herdeiros da vítima renunciaram a prosseguir a causa.

Não tiveram melhor sorte as pretensões indenizatórias fundadas na violação de *implied warranties*. A sua procedência pressuporia, como resulta do exposto, a demonstração de que os produtos de tabaco alegadamente causadores de um dano não têm as qualidades comuns dos produtos do mesmo género. Não bastaria, para esse efeito, a alegação e prova de que todos os produtos de tabaco são, por exemplo, nocivos à saúde. As *implied warranties* não lograram, por isso, ganhar relevância autónoma enquanto fundamento de ações intentadas contra as empresas tabaqueiras pelos consumidores dos respetivos produtos.

b) Perante vários sistemas jurídicos romano-germânicos, é também muito duvidosa a imputabilidade a essas empresas de danos sofridos pelos consumidores de produtos de tabaco com base na responsabilidade por violação de obrigações contratuais.

Não há com efeito, por via de regra, uma relação contratual direta entre o produtor de tabaco e o respetivo consumidor.

O princípio da relatividade dos contratos, consignado designadamente no art. 406.º, n. 2, do Código Civil português, exclui assim a possibilidade de os fabricantes serem tidos como diretamente responsáveis perante os consumidores pela violação de tais obrigações.¹²

Tampouco parece viável fundar aquela imputação nas figuras, oriundas da Alemanha, do “contrato com eficácia de proteção relativamente a terceiros” (*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*) e da “liquidação de danos a terceiros” (*Drittschadensliquidation*).¹³

A primeira, porque pressupõe que numa relação contratual se possam extrair do princípio da boa-fé deveres de proteção do devedor relativamente a terceiros, o

11. 505 U.S. 504.

12. Neste sentido, veja-se Henrique Sousa Antunes, Apontamento sobre a responsabilidade civil do fabricante de tabaco, *Direito e Justiça*, vol. XVII (2003), p. 171 e ss. (p. 185).

13. Ver, neste sentido, Christian Thiele, *Die Zivilrechtliche Haftung der Tabakindustrie*, Tübingen, 2003, p. 165 s.

que não parece ser o caso do contrato concluído entre o fabricante de produtos de tabaco e o vendedor destes.

A segunda, porque consiste na indemnização, com fundamento no mesmo princípio, de danos sofridos por um sujeito que não o credor em virtude do incumprimento ou do cumprimento defeituoso do contrato, o que também não ocorre nas hipóteses em apreço.

Em França, porém, a solução deste problema é outra. A jurisprudência da *Cour de Cassation* admite, com efeito, a responsabilidade contratual do fabricante quando exista uma cadeia de contratos translativos da propriedade, que una aquele sujeito à vítima de danos causados por um produto por ele posto em circulação. A responsabilidade dos fabricantes de produtos de tabaco perante as vítimas do tabagismo é, assim, segundo aquele tribunal, de índole contratual.¹⁴

Mas qual, neste caso, a obrigação contratual em cujo incumprimento se funda essa responsabilidade?

Segundo Isabelle Desbarats,¹⁵ estaria fora de causa, nas hipóteses em apreço, o incumprimento da *obrigação de segurança* que a jurisprudência francesa coloca a cargo dos fabricantes e dos vendedores profissionais pelo que respeita aos produtos por eles colocados em circulação no mercado, uma vez que tal obrigação apenas pode ter-se como violada verificando-se um vício ou defeito de fabrico na coisa vendida, o que não seria o caso: os produtos de tabaco são produtos *perigosos por natureza*, dada a correlação que existe entre eles e certas doenças mortais, e não, por via de regra, *produtos defeituosos*. Para a referida autora, a obrigação contratual em causa apenas poderia ser, por isso, a *obrigação de informação* que recai sobre os fabricantes de tais produtos, a qual tanto poderia ser violada pela omissão nas embalagens das indicações exigidas por lei aos respetivos fabricantes, como pela sua *dénaturation*, resultante, nomeadamente, de as mesmas não serem completas, explícitas e inteligíveis.

É deste último ilícito, que outros sistemas jurídicos reconduzem à responsabilidade extracontratual (por estar em causa nele, por via de regra, a violação normas legais de proteção e não de obrigações contratuais), que curaremos a seguir.

4. *Violação de deveres de informação ou prestação de informações falsas*

Vejam agora se, e em que medida, as pretensões indemnizatórias deduzidas contra as empresas tabaqueiras pelas vítimas do tabagismo podem alicerçar-se nas regras sobre a responsabilidade extracontratual por factos ilícitos e culposos e, em

14. Cf. Isabelle Desbarats, *Le droit à réparation des victimes directes du tabagisme*, *Recueil Dalloz*, 1998, n. 16, p. 167 ss.

15. *Est. cit.*, p. 169.

particular, nas que sancionam civilmente a violação negligente ou dolosa de deveres de informação ou a prestação de informações falsas.

a) Nos Estados Unidos, a imputação às tabaqueiras dos danos sofridos pelos consumidores de produtos derivados do tabaco fundou-se, em diversas ações judiciais, na omissão de informações ou na prestação de informações falsas ou erradas, a que correspondem três tipos delituais: *fraud*, *deceit* e *misrepresentation*.

É possível distinguir, a este respeito, três “vagas” na evolução da jurisprudência dos tribunais norte-americanos. Consideremo-las.

Primeira vaga – Nos anos cinquenta e sessenta do século passado, após a publicação dos primeiros estudos científicos sobre os efeitos do consumo de tabaco, surgiram diversas ações destinadas a efetivar a responsabilidade das tabaqueiras. Estas alicerçavam-se, além do mais, na alegada prestação pelas demandadas de falsas informações (*misrepresentations*) a respeito dos produtos por elas comercializados: os produtores de tabaco conheceriam os riscos dos seus produtos, mas não haviam informado os consumidores acerca deles, ou haviam-nos informado erradamente.

O problema pôs-se, pela primeira vez, no caso *Cooper v. R. J. Reynolds Tobacco Co.*,¹⁶ julgado em 1958 pelo Tribunal de Apelação do 1.º Circuito. Curava-se aí dos danos sofridos por Joseph Cooper, que falecera com um cancro de pulmão alegadamente causado pelo consumo de tabaco. A vítima teria confiado em anúncios publicitários da demandada, difundidos nos anos 50, em que se afirmava designadamente:

“20,000 doctors say that “Camel” cigarettes are healthful.”

“Camel cigarettes are harmless to the respiratory system.”

“More Doctors Smoke CAMELS than any other cigarette.”

A ação foi, no entanto, julgada improcedente por falta de prova dos factos alegados pela demandante.

Noutras ações intentadas nesta fase, a jurisprudência estadunidense rejeitou a também responsabilidade das tabaqueiras pelos danos sofridos pelos consumidores de tabaco, ao que não foi alheia a dificuldade destes em demonstrarem o *nexo de causalidade* entre os respetivos danos e a atuação das demandadas.

Segunda vaga – Nos anos oitenta, uma segunda vaga de ações judiciais procurou fundamentar as pretensões indemnizatórias das vítimas do consumo de tabaco, designadamente, na “omissão de advertência” (*failure to warn*) pelos respetivos produtores, a qual seria geradora da responsabilidade destes. Mas também essas ações soçobraram. Por várias ordens de razões.

Por um lado, porque para os tribunais norte-americanos a responsabilidade por *failure to warn* pressuporia a demonstração de que o demandante teria observada a advertência, caso esta lhe tivesse sido feita. Ora, as demandadas lograram pro-

16. 256 F.2d 464.

var que, ao menos em parte, as doenças contraídas pelos demandantes se deviam também à culpa dos lesados. Foi o que sucedeu, designadamente, no referido caso *Cipollone*, porventura o mais emblemático desta fase, em que a indemnização reclamada pelos demandantes foi excluída com fundamento na “culpa comparada” (*comparative fault*) da vítima.¹⁷ Outro tanto se passou no caso *Horton v. American Tobacco Co.*, julgado em última instância pelo Supremo Tribunal do Mississippi em 1995.¹⁸ No mesmo sentido concorreu a “assunção do risco” (*assumption of risk*) por parte dos próprios lesados, a qual foi dada como provada nestes casos por ser do conhecimento geral que os produtos do tabaco são perigosos para a saúde; o que levou igualmente à exclusão da responsabilidade das tabaqueiras pelos referidos danos.¹⁹

Por outro lado, segundo o entendimento que vingou nesta fase, sempre que os deveres legais de informação nesta matéria houvessem sido cumpridos, as tabaqueiras ficariam *ipso facto* exoneradas de responsabilidade, não lhes sendo exigível a prestação de quaisquer outras informações a este respeito. Entre esses deveres avulta o que foi instituído em 1965 pelo *Cigarette Labeling and Advertising Act* norte-americano, o qual obrigou os produtores de cigarros a incluírem nos respetivos invólucros a seguinte indicação:

“Caution: Cigarette smoking may be hazardous to your health.”

Esta indicação viria a ser substituída em 1970 pela seguinte:

“Warning: The Surgeon General Has Determined that Cigarette Smoking is Dangerous to Your Health.”

Em 1985, passou a ser inserida nova advertência, segundo a qual:

“Smoking Causes Lung Cancer, Heart Disease, Emphysema, And May Complicate Pregnancy.”

A consagração deste dever em legislação federal e a preferência (*preemption*) desta sobre a legislação e o *Common Law* estaduais, “imunizaram” assim, as empresas fabricantes de produtos de tabaco contra a imputação de danos alegadamente sofridos pelos consumidores em consequência da violação de deveres de informação.

Finalmente, a própria existência de um nexo de causalidade entre o consumo de tabaco pelos demandantes e as doenças padecidas por estes foi também impugnada com êxito nesta fase pelas demandadas, que colocaram em evidência, em diversos casos, a circunstância de os demandantes adotarem estilos de vida, que incluíam o consumo de álcool e a delinquência, propiciadores de problemas vários de saúde.

17. Ver *supra*, n. 3.

18. 667 So.2d 189.

19. Ver, sobre estas doutrinas, *infra*, n. 7.

A jurisprudência reconheceu a este respeito que uma coisa é a suscetibilidade de o tabagismo causar doenças em geral e outra a causação pelo consumo de tabaco de certa doença em particular. O cancro do pulmão, por exemplo, poderia ter outras causas para além do consumo de tabaco.

Além disso, ainda que se demonstrasse que certa doença sofrida pelo demandante deriva efetivamente do consumo do tabaco, sempre seria necessário, a fim de que a ação pudesse ter êxito, que se demonstrasse ser a doença atribuível aos produtos comercializados pela demandada, e não aos de qualquer dos seus concorrentes.

Terceira vaga – Nos anos noventa, ocorre uma “terceira vaga” de ações judiciais, que se distinguem das anteriores por serem intentadas por novos grupos de demandantes, os quais invocaram para o efeito novos fundamentos e recorreram a distintos meios de prova. Assim:

– Ao passo que nas vagas anteriores as ações contra as empresas tabaqueiras haviam sido essencialmente intentadas por demandantes individuais, a “terceira vaga” caracterizou-se pelo amplo recurso às chamadas *class actions*, algumas das quais com grande repercussão pública;

– No que toca aos fundamentos das ações, foi alegado nelas o “caráter viciante” (*addictiveness*) da nicotina utilizada nos produtos em causa e a sua ocultação por parte dos respetivos fabricantes, que dele há muito teriam conhecimento;

– Pelo que respeita aos meios de prova, salientou-se a utilização, nesta fase, de documentos internos das próprias empresas de tabaco, entretanto vindos a público, alegadamente demonstrativos de que estas tinham conhecimento, desde pelo menos os anos 60, da índole viciante da nicotina.

A sorte das ações assim intentadas foi variável. Seja, a título de exemplo, o caso *Engle v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, uma *class action* intentada contra diversos fabricantes de tabaco por “*all United States citizens and residents, and their survivors, who have suffered, presently suffer or who have died from diseases and medical conditions caused by their addiction to cigarettes that contain nicotine*”.

Esta ação foi julgada em primeira instância em 14.07.2000. Na sentença então proferida, foram atribuídos por um júri aos demandantes “danos indemnizatórios” (*compensatory damages*) no montante de 12,7 milhões de dólares e “danos punitivos” (*punitive damages*) no montante de 145 mil milhões de dólares.²⁰

Essa sentença – até então a maior condenação, em termos económicos, da História dos Estados Unidos – foi contudo anulada por uma decisão proferida em 2003 pelo

20. Ver, sobre essa decisão, Brian H. Barr, *Engle v. R.J. Reynolds: The Improper Assessment of Punitive Damages for an Entire Class of Injured Smokers*, *Florida State University Law Review*, 2001, p. 789 ss.

Tribunal de Apelação do Terceiro Distrito da Florida,²¹ a qual julgou inadmissível na espécie uma *class action* e anulou as condenações em danos compensatórios e punitivos.

Esta última decisão foi confirmada em 2006 pelo Supremo Tribunal da Florida,²² que entendeu ser inadmissível no caso uma *class action*, dado o caráter “altamente individualizado” de alguns dos assuntos nela debatidos, nomeadamente o nexo de causalidade e a repartição da culpa entre os réus. Na parte relativa aos danos compensatórios, a decisão anulatória do Tribunal de Apelação foi também confirmada pelo Supremo, mas apenas relativamente a certos representantes da “classe”, por falta de prova dos danos por estes alegadamente sofridos. Os danos punitivos foram igualmente considerados excessivos pelo Supremo Tribunal, na medida em que a sua aplicação levaria à falência alguns dos demandados.

Mais bem sucedidas foram as ações instauradas, no âmbito da “terceira vaga”, por diversos Estados norte-americanos contra os fabricantes de tabaco, em ordem a recuperarem os custos alegadamente incorridos com o tratamento das vítimas do tabagismo ao abrigo do programa *Medicaid*.

Era decerto muito duvidosa a procedência dessas ações, que visavam, segundo alguns, contornar as regras vigentes em matéria de sub-rogação do credor ao devedor (cuja aplicação pressuporia que os danos sofridos por aquelas vítimas fossem tidos eles próprios como ressarcíveis, o que ficara por demonstrar na duas primeiras vagas de ações judiciais contra as tabaqueiras). Não obstante isso, foi subscrita em 1998 uma transação (*Master Settlement Agreement*)²³ pelos Ministros da Justiça (*Attorney-Generals*) de diversos Estados norte-americanos e pelos representantes dos quatro maiores fabricantes norte-americanos de produtos de tabaco (Philip Morris USA, R. J. Reynolds Tobacco Company, Brown & Williamson Tobacco Corp. e Lorillard Tobacco Company), em virtude da qual estes se obrigaram a pagar anualmente aos Estados, ao longo de 25 anos, a quantia de 206 mil milhões de dólares, destinada a promover iniciativas de prevenção do consumo de tabaco. Além disso, as empresas signatárias do acordo comprometeram-se a restringir as suas atividades publicitárias, em particular as dirigidas aos jovens.

Este acordo supriu, assim, algumas das insuficiências da regulação pública do tabaco nos Estados Unidos; mas com enormes custos para os Estados e os consumidores, sobre os quais foram repercutidos uma parte dos encargos dele resultantes, e com alguma distorção das regras constitucionais sobre a separação de poderes.²⁴

21. 853 So. 2d 434.

22. 945 So. 2d 1246.

23. Disponível em: [<http://ag.ca.gov/tobacco/pdf/1msa.pdf>].

24. Para uma penetrante crítica do acordo sob este prisma, ver Donald G. Gifford, *Suing the Tobacco and Lead Pigment Industries: Government Litigation as Public Health Prescription*, 2010, especialmente p. 171 ss.

Também tiveram êxito diversas ações individuais instauradas nesta fase por vítimas do tabagismo. Foi o que sucedeu, por exemplo, no caso *Carter v. Brown & Williamson*, julgado em sede de recurso pelo Supremo Tribunal da Flórida no ano 2000.²⁵ O autor tinha fumado cigarros da marca “Lucky Strike”, produzidos por uma antecessora da ré, entre 1947 e 1972. Em 1991, foi-lhe diagnosticado cancro do pulmão. Alegou que a ré tinha conhecimento do carácter viciante do tabaco, mas que não advertira os consumidores disso. Em sede de recurso, o Supremo Tribunal da Flórida confirmou a decisão da 1.^a instância que arbitrou ao autor uma indemnização de 750.000 dólares. Em 2001, a ré pagou ao autor 1,09 milhões de dólares, incluindo juros.

Outro caso de relevo julgado nesta fase, *Henley v. Philip Morris Inc.*,²⁶ foi objeto de uma decisão do Supremo Tribunal da Califórnia em 2004. A autora responsabilizava a ré por um cancro de pulmão que lhe fora diagnosticado em 1998. Começara a fumar “Marlboro Reds” aos 15 anos, em 1961, tendo fumado um maço e meio por dia até 1989, altura em que mudara para a marca “Marlboro Lights”, de que chegou a fumar três maços e meio por dia, tendo alegadamente ficado dependente. Alegou que, ao tempo em que se iniciara no consumo do tabaco, a ré e outros fabricantes se haviam concertado entre si para ocultar os riscos deste. A ré teria, além disso, visado especificamente os adolescentes na sua publicidade, em ordem a conquistar novos fumadores. A autora imputou-lhe, designadamente, *breach of express warranty*, *failure to warn*, *negligent misrepresentation*, *fraudulent concealment* e *fraudulent promise*. Em 1.^a instância, foram-lhe atribuídos por um júri 1,5 milhões de dólares de danos compensatórios e 50 milhões de dólares a título de danos punitivos. No recurso interposto dessa decisão, este montante foi reduzido para 9 milhões de dólares. A Philip Morris pagou 16,7 milhões de dólares, incluindo juros, à autora.

Noutros casos ainda, foram instauradas ações contra a indústria tabaqueira por vítimas do denominado “fumo passivo” (*second-hand smoke*), i.é, a inalação de fumo de tabaco por pessoas que não o consomem diretamente. Foi o que sucedeu, por exemplo, no caso *Estate of Mildred Wiley v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, respeitante a uma enfermeira que falecera com cancro do pulmão aos 56 anos de idade, alegadamente devido à inalação de fumo no local de trabalho.²⁷ A ação foi todavia julgada improcedente, por não ter sido estabelecido o nexo de causalidade entre a doença da vítima e a atuação das demandadas.

b) Passemos aos sistemas jurídicos romano-germânicos. Nestes, a responsabilidade civil extracontratual pressupõe, em princípio, além da ocorrência de um *dano*, um *facto ilícito* e a *culpa* do seu autor (que em França se encontram reunidos no

25. 778 So.2d 932.

26. 9 Cal.Rptr.3d 29.

27. 657 N.E. 2d 1220 (Supreme Court of Indiana, 1995).

conceito de *faute*), bem como um *nexo de causalidade* entre aquele facto e o dano sofrido pelo lesado.²⁸

Neste sentido, dispõe o art. 483.º, n. 1, do Código Civil português:

“Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.”

Por seu turno, no Brasil estabelece a este respeito o art. 927 do CC:

“Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

Na Alemanha, a lei define de modo mais preciso a natureza do ato ilícito gerador da obrigação de indemnizar, especificando no § 823 (1) do Código Civil (BGB) os bens jurídicos cuja lesão tem essa consequência:

“Quem lesar ilicitamente, com dolo ou negligência, a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito alheio, é obrigado a indemnizar o dano daí resultante.”²⁹

Não estará decerto em causa, na generalidade das situações de que nos ocupamos neste estudo, a existência de um dano. Mas já é mais duvidoso, em muitos casos, que se possam ter como verificados um *facto ilícito* e o *nexo de causalidade* exigível entre este e o dano. Senão vejamos.

Facto ilícito – Em ordem a que possa ter-se como verificado um facto ilícito, não basta que ocorra a lesão de um bem jurídico alheio: é ainda necessário que possa formular-se a respeito do comportamento do agente um *juízo de desvalor* que permita tê-lo como contrário ao Direito e justifique a imposição da obrigação de indemnizar. Esse juízo pode ter dois fundamentos: ou o agente atuou com dolo, caso em que a lesão é necessariamente ilícita; ou atuou com mera negligência, hipótese em que a lesão só pode ser tida como ilícita caso tenha havido a *violação de deveres de cuidado* a cargo do agente, também ditos “deveres de segurança no tráfego” (*Verkehrssicherungspflichten*).³⁰

28. Ver, por muitos, Karl Larenz/Claus Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. II/2, 13. ed., Munique, 1994, p. 360 ss.; e, na literatura jurídica portuguesa, João Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10. ed., Coimbra, 2003, p. 525 ss., e António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*, II, *Direito das obrigações*, Coimbra, 2010, t. III, p. 429 ss.

29. “Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus Entstehenden Schadens verpflichtet.”

30. Ver, sobre o ponto, Karl Larenz/Claus Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., p. 399 ss. Na doutrina portuguesa, cfr. Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, reco-*

Entre esses deveres avultam, com particular interesse para a matéria em exame, os *deveres de aviso* que oneram os fabricantes de produtos cuja utilização é uma potencial fonte de danos e que visam permitir ao respetivo consumidor precaver-se contra estes.

Na União Europeia, o fabrico, a apresentação e a venda de produtos de tabaco encontram-se hoje minuciosamente disciplinados através da referida Diretiva 2014/40/UE, de 03.04.2014, que substitui a Diretiva 2001/37/CE sobre a mesma matéria. Essa Diretiva visa aproximar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes a: (a) Ingredientes e emissões dos produtos do tabaco e obrigações de comunicação com estes relacionadas, incluindo os níveis máximos de emissão de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono dos cigarros; (b) Rotulagem e embalagem de produtos do tabaco, incluindo as advertências de saúde que devem figurar nas embalagens individuais de produtos do tabaco e qualquer embalagem exterior, bem como os elementos de rastreabilidade e de segurança que são aplicados aos produtos do tabaco a fim de garantir a sua conformidade com a Diretiva; (c) Proibição de comercializar tabaco para uso oral; (d) Vendas a distância de produtos do tabaco; (e) Obrigação de notificação de novos produtos do tabaco; e (f) Comercialização e rotulagem de certos produtos relacionados com produtos do tabaco, nomeadamente cigarros eletrónicos e produtos à base de plantas para fumar. Pretende-se através dela, segundo se declara no seu art. 1.º, facilitar o bom funcionamento do mercado interno dos produtos do tabaco e produtos afins, tendo por base um elevado nível de proteção da saúde humana, especialmente dos jovens, e cumprir as obrigações da União Europeia decorrentes da Convenção-Quadro da OMS para a Luta Antitabaco.

No termos do art. 9.º, n. 1, da Diretiva, as embalagens de produtos de tabaco devem apresentar uma das seguintes advertências gerais:

“Fumar mata – deixe já”

ou

“Fumar mata”

Cada embalagem individual e cada embalagem exterior de produtos do tabaco para fumar deve ainda ostentar, de acordo com o art. 9.º, n. 2, a seguinte mensagem informativa:

“O fumo do tabaco contém mais de 70 substâncias causadoras de cancro”

Além disso, cada embalagem individual e cada embalagem exterior de produtos do tabaco para fumar deve, segundo o art. 10.º, n. 1, da Diretiva, conter uma das seguintes advertências de saúde enunciadas no anexo I:

mendações ou informações, Coimbra, 1989, p. 300 ss.; Rui Ataíde, *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego*, Lisboa, 2012 (polic.); e Luis Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, 10. ed., Coimbra, 2013, vol. I, p. 260 s., todos com mais referências.

1. Fumar provoca 9 em cada 10 cancros do pulmão.
2. Fumar provoca cancro da boca e da garganta.
3. Fumar danifica os seus pulmões.
4. Fumar provoca ataques cardíacos.
5. Fumar provoca acidentes vasculares cerebrais e incapacidades.
6. Fumar provoca a obstrução das artérias.
7. Fumar agrava o risco de cegueira.
8. Fumar provoca lesões nos seus dentes e gengivas.
9. Fumar pode matar o seu filho antes de ele nascer.
10. O seu fumo prejudica os seus filhos, família e amigos.
11. Os filhos de fumadores têm maior propensão para fumar.
12. Deixar de fumar já – pense em quem gosta de si.
13. Fumar reduz a fertilidade.
14. Fumar agrava o risco de impotência.

As embalagens de produtos de tabaco devem ainda reproduzir uma fotografia a cores correspondente a cada uma destas advertências, especificada na biblioteca de imagens referida no anexo II da Diretiva.

Estas advertências combinadas (texto e imagem) devem cobrir 65 % de ambas as faces externas dianteira e traseira de cada embalagem individual de produtos de tabaco e de qualquer embalagem exterior.

Os Estados-membros da União Europeia deverão pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento a esta diretiva até 20.05.2016. A Diretiva 2001/37/CE, que disciplina a mesma matéria instituindo também deveres de aviso a cargo dos fabricantes de produtos de tabaco, é revogada com efeitos a partir dessa data, sem prejuízo das obrigações dos Estados-Membros relativas aos prazos de transposição dessa diretiva para os respetivos Direitos nacionais.³¹

Na medida em que os fabricantes de produtos de tabaco cumpram as regras resultantes da transposição destas Diretivas, fica assim excluída a possibilidade de lhes ser imputada a violação de deveres de cuidado relacionados com o fabrico, a rotulagem e a comercialização dos mesmos.

Eis por que Hans Josef Kullmann conclui, em face do Direito alemão, que “um fabricante de cigarros não responde, em princípio, com base no § 823, n. 1, do BGB

31. Em Portugal, a transposição dessa Diretiva teve lugar através do Dec.-lei ° 25/2003, de 4 de fevereiro; na Alemanha, pela *Tabakprodukt-Verordnung*, de 20 de novembro de 2002.

pelos danos que os fumadores sofram em consequência dos produtos contidos nos cigarros, como a nicotina e o alcatrão”.³²

A responsabilidade do fabricante apenas pode ter lugar, segundo o mesmo autor, relativamente a danos causados por cigarros que contenham produtos lesivos diversos dos permitidos pela lei ou em maior quantidade do que a autorizada legalmente e anunciada na respetiva embalagem.³³

O consumidor que adquira esses produtos fá-lo, na verdade, com conhecimento dos efeitos nocivos dos mesmos para a saúde, os quais são necessariamente objeto de advertências colocadas nas respetivas embalagens. Não pode, por conseguinte, imputar aos fabricantes os danos que sofrer em virtude do seu consumo.

É certo que, em determinados ordenamentos jurídicos, o juízo de ilicitude das condutas lesivas de bens jurídicos alheios se funda aparentemente nos *efeitos da conduta*, e não no *desvalor* desta última. É o que sucede, por exemplo, em Itália, onde se recorre, a fim de delimitar as situações suscetíveis de gerarem o dever de indemnizar, ao conceito de “dano injusto”, definido na doutrina como aquele que corresponde à lesão de um interesse protegido pelo Direito.³⁴ Dispõe, a este respeito, o art. 2.043 do CC:

“Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.”

Nem por isso, todavia, tem a jurisprudência italiana imputado com maior amplitude aos produtores de tabaco as lesões sofridas pelos consumidores deste. Pelo contrário: as decisões disponíveis revelam que os tribunais italianos têm rejeitado a responsabilidade dos produtores por esses danos conquanto não se demonstre terem os mesmos agido em violação de deveres de cuidado cuja observância lhes fosse exigível.

Nesta linha de orientação se insere, por exemplo, a sentença proferida pelo Tribunal de Roma em 14.04.1997 numa ação de indemnização instaurada pelos sucessores de um fumador que falecera com um tumor nos pulmões contra o *Monopolio di Stato* de fabrico de tabaco, com fundamento em este ter retardado culposamente a publicação de advertências e informações sobre os perigos relativos ao fumo de cigarros.³⁵ O Tribunal, tendo verificado não existir em Itália, antes da publicação da Lei 428/1990, um dever de informar os consumidores sobre os

32. Ver “Haftung für Rauscherschäden”, in Hans-Jürgen Ahrens e outros (orgs.), *Festschrift für Erwin Deutsch*, Colónia etc., 1999, p. 217 ss. (p. 220).

33. Idem, ibidem.

34. Cf. Vincenzo Roppo, *Diritto privato*, Turim, 2010. p. 543.

35. Ver, sobre essa sentença, Giovanni Facci, “Brevi considerazioni in tema di danno da fumo”, *Contratto e impresa*, vol. 3, 1999, p. 944 ss.

perigos do consumo de tabaco, julgou inaplicável ao caso o art. 2.043 do CC, nos seguintes termos:

“Non è certamente ravvisabile una responsabilità ex art. 2.043 c.c. in quanto tale norma sanziona un comportamento antigiuridico, mentre l’attività del Monopolio di Stato è perfettamente lecita perche autorizzata né tale autorizzazione, prima della citata normativa, è stata subordinata ad un onere di valutazione.”

E numa outra sentença, de 27.02.2008, declarou o mesmo Tribunal:

“Fino al 1991 (anno di entrata in vigore della legge 428/90) un tale obbligo [di avvertenza, sui pacchetti di sigarette, circa i possibili danni alla salute connessi al fumo] per i produttori di sigarette non esisteva, quindi, fino a tale momento, nessun addebito al riguardo può muoversi agli stessi.”

No Brasil, onde o ato ilícito é definido como “a conduta humana que fere direitos subjetivos privados, estando em desacordo com a ordem jurídica e causando danos a alguém”,³⁶ não é fundamentalmente diversa desta a orientação que tem feito vencimento na jurisprudência do STJ.

Assim, numa decisão de 04.05.2009, proferida no caso *Alcivan Pereira de Araújo c. Sousa Cruz SA e Philip Morris Brasil SA*, aquele Tribunal confirmou o acórdão anteriormente proferido pelo TJRS, em que este declarara:

“A circunstância de não haver, antes de 25.08.1988, imposição jurídico-normativa para a divulgação de informações sobre as mazelas provocadas pelo cigarro, torna-se imperioso o reconhecimento de que as apeladas, ao omitirem tais informações, agiram sob o pálio do exercício regular de um direito reconhecido, o qual, nos termos do art. 160, I, do CC/1916, não constitui ato ilícito. / Se assim o é, não constituindo ato ilícito o comércio de cigarros, bem como a não divulgação de cláusula de advertência ou informação sobre os males decorrentes do tabagismo, não há que se falar em responsabilidade civil das apeladas relativamente aos fatos ocorridos sob a égide do Código Civil de 1916, porquanto ausente um de seus pressupostos (comportamento ilícito).”

Noutra decisão, de 18.06.2009, *Geruza Oliveira c. Souza Cruz SA*, o mesmo Tribunal aprovou um acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios no qual se declarara, como fundamento da rejeição da pretensão indenizatória formulada contra a ré, o seguinte:

“Os autos evidenciam que a recorrida, Souza Cruz, deu exato cumprimento às exigências legais e administrativas acerca da publicidade e informações em seus produtos. Não há, pois, como apontar defeito nas informações, nem como adjetivar de enganosa a publicidade da requerida.”

36. Assim Flávio Tartuce, *Direito civil, 2, Direito das obrigações e responsabilidade civil*, 2. ed., São Paulo, 2009. p. 315.

Noutro caso ainda, *Gilberto Comerlatto e outro c. Philip Morris Brasil Lda. e Souza Cruz SA*, que foi objeto de uma decisão de 21.08.2009, o STJ negou provimento ao agravo interposto de um acórdão do TJRS, assim ementado:

“Não constituindo uma prática ilegal a produção e comercialização de cigarros, e sendo atividade permanentemente controlada pelo Estado, não só na industrialização como na comercialização do fumo, inobstante os sabidos malefícios à saúde que o fumo traduz, que já eram de conhecimento do público consumidor desde os primórdios da atividade, não se colore de ilegal a prática, descabendo responsabilizar-se a indústria por doenças eventualmente desenvolvidas pelo hábito de fumar (tabagismo).”

Posteriormente, na decisão de 22.10.2009, relativa ao caso *Lígia Gonçalves e outros c. Souza Cruz SA e Philip Morris Brasil Lda.*, o mesmo Superior Tribunal confirmou outro acórdão do TJRS, em que se havia declarado:

“Para que fosse cabível a indenização moral e material postulada, seria necessário a caracterização da prática de ato ilícito por parte das requeridas, o que não ocorre. A atividade por estas desenvolvida, industrialização e comercialização do tabaco, é lícita e encontra regulamentação na legislação vigente. Ademais, de acordo com o art. 160, I, do CC/1916 e art. 188, I, do CC/2002, não constituem atos ilícitos os praticados no exercício regular de um direito reconhecido.”

Mais recentemente, na decisão de 27.04.2010, proferida sobre o caso *Souza Cruz SA c. Sônia Mattiazzi e outros*,³⁷ da qual foi relator o Ministro Luis Felipe Salomão, a mesma Corte brasileira negou a indenização reclamada pelos autores – esposa, filhos e netos de tabagista que falecera vítima de um adenocarcinoma pulmonar –, aduzindo, entre outros fundamentos, que:

“Em síntese, antes da Constituição Federal de 1988 – raiz normativa das limitações impostas às propagandas do tabaco –, sobretudo antes da vasta legislação restritiva do consumo e publicidade de cigarros, aí incluindo-se notadamente o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 9.294/1996, não havia dever jurídico de informação que impusesse às indústrias do fumo uma conduta diversa daquela por elas praticada em décadas pretéritas.”

Nexo de causalidade – Outro elemento de que, nos sistemas jurídicos em apreço, depende a responsabilidade das tabaqueiras pela lesão da saúde alheia através dos produtos por si postos em circulação no mercado é, como dissemos, o *nexo de causalidade* entre a atividade desenvolvida por essas empresas e os danos sofridos pelos lesados.

37. Disponível em: [www.jusbrasil.com.br]. A mesma jurisprudência encontra-se reafirmada nas decisões do STJ de 16.12.2010, *Francisco de Sales c. Souza Cruz SA.*, e de 23.05.2011, *Mariza Celestina de Oliveira e outros c. Souza Cruz SA.*

Em Portugal, vingou nesta matéria a doutrina dita da *causalidade adequada*. Com efeito, segundo o art. 563.º do Código Civil:

“A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.”

Vale isto por dizer que, a fim de que se constitua a obrigação de indemnizar o dano consequente a determinado facto, é necessário que se demonstre, em primeiro lugar, que este foi condição *sine qua non* daquele, i. é, que sem ele o dano não se teria produzido; e ainda que, de acordo com o *curso normal das coisas*, o facto em apreço é apto a produzir o dano em apreço. Na aferição deste requisito há que apurar, à luz das regras da experiência comum, e na base das circunstâncias do caso concreto, se era *provável* (i. é, previsível) que o dano decorresse do facto; não serão, assim, tidos como causas dele os eventos que só em virtude de um encadeamento excecional ou imprevisível de circunstâncias levaram, no caso concreto, à produção do dano.

Nessa conformidade, ainda que a *adequação em abstracto* do tabaco à ocorrência de danos na saúde dos respetivos consumidores esteja hoje amplamente demonstrada através de estudos científicos, e seja até admitida pelas próprias tabaqueiras, é necessário, a fim de que se possa dar como existente um nexo de causalidade adequada entre o consumo de tabaco produzido pelo demandado e a lesão, que se demonstre que os atos de consumo concretamente praticados pelo demandante foram condição *sine qua non* da ocorrência do dano e que este, devidamente informado pelo produtor, o teria evitado.³⁸

A mera *probabilidade estatística* de o consumo de tabaco provocar o cancro ou outras doenças não basta pois, por si só, a fim de que se possa ter como verificado um nexo de causalidade.

Com efeito, nem todas as espécies de tabaco comercializadas no mercado têm o mesmo grau de nocividade e nem todos os fumadores adoecem em razão do consumo de tabaco. A prova do referido nexo tem-se mostrado muito difícil, se não mesmo impossível de estabelecer, sempre que o lesado haja consumido tabaco produzido por diferentes fabricantes ou a sua doença possa ter tido origem nas características genéticas do consumidor, no contacto com outras substâncias tóxicas presentes no meio em que habitava ou trabalhava etc.

Isto mesmo foi salientado na já referida decisão do STJ brasileiro de 27.04.2010, na qual se declara:

“Na hipótese de doenças neoplásicas ou carcinomas, como ocorreu no caso concreto, não há como se vislumbrar o nexo causal, baseado numa relação de necessidade, entre o tabagismo e a moléstia desenvolvida pelo de cujus. Isso porque

38. Cf. Henrique Sousa Antunes, Apontamento sobre a responsabilidade civil do fabricante de tabaco cit., p. 196.

a arte médica está limitada a afirmar a existência de fator de risco entre o fumo e o câncer, tal como outros fatores, como a alimentação, o álcool, carga genética e o modo de vida da pessoa, se sedentária ou estressante.”

E acrescenta-se na mesma decisão:

“Todavia, não há comprovadamente ainda na arte médica uma causalidade necessária, direta e exclusiva entre o tabaco e o desenvolvimento do câncer – tal como exigida pelo art. 403 do CC/2002 –, o que também afasta o dever de indenizar. Isso porque se mostra relevante para o mundo jurídico, no tocante à determinação do nexos causal, o fato de que diversos fumantes notórios nunca desenvolveram qualquer tipo de câncer, ao passo que pessoas de vida saudável – mesmo crianças –, que nunca fumaram, também são acometidas por esse terrível mal.”

Esta jurisprudência foi depois reafirmada pelo mesmo Tribunal, na decisão proferida em decisão de 25 .05.2010, *Souza Cruz SA c. Tânia Pinto e outros*, relatada pelo Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, em que foi igualmente negado o nexos de causalidade entre o fumo de produtos de tabaco fabricados pela demandada e a doença que vitimara o marido da autora.

Também em Espanha a jurisprudência exige, com base no art. 1.902 do CC, além de uma ação ou omissão culposa e de um dano efetivo, a existência de um *nexo de causalidade* a fim de que possa ocorrer responsabilidade extracontratual. Dispõe aquele preceito:

“El que por acción u omisión causa daño a outro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”

Eis por que na ação intentada em 2000 por Angela Ávila Andrada contra a *Tabacalera S.A.*, perante o Juzgado de Primera Instancia (número 11) de Palma de Mallorca, por uma vítima da denominada síndrome de Buerger (doença que causa a obstrução das artérias e pode levar à amputação dos membros), o tribunal, que entendeu não estar suficientemente demonstrado o nexos causal entre o consumo de tabaco e a patologia de que sofria a autora, declarou, em sentença de 07.09.2000:

“Si bien aproximadamente el 70% de todos los enfermos fuman o han sido fumadores, el 30% restante no lo hacen ni lo han hecho, y sólo sobre el 0,02% de todos los fumadores contraen la enfermedad, y si el tabaco fuera causa de la misma, no se daría ésta en personas no fumadoras, lo que demostraría que el tabaco no es ‘conditio sine qua non’, siendo además que el dejar de fumar no constituye garantía absoluta”.³⁹

Esta decisão foi confirmada pela sentença da Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 06.11.2001, em que se pode ler:

39. Cf., sobre esta decisão, Agustín Viguri Perea, *La responsabilidad civil derivada del consumo de tabaco*, Granada, 2001. p. 173.

“Si bien se aludió a la aplicación del art. 1.902 CC, no puede dictarse un pronunciamiento condenatorio en base a dicha norma al no concurrir en el caso el preceptivo nexo causal exigido por la jurisprudencia.”

Num caso semelhante, julgado em 2005, na Primera Instância 56 de Madrid, o tribunal considerou improcedente, pela mesma ordem de razões, a ação instaurada por Victor Santana Tejera, também vítima da síndrome de Buerger, contra JT Internacional Iberia S.L., tendo aduzido nesse sentido:

“No se prueba que la enfermedad de buerguer tenga su origen en el tabaquismo, esto es, en el hecho de que por fumar se produzca esa enfermedad piénsese en los numerosos fumadores o ex fumadores que na la han padecido.”

Esta decisão foi posteriormente confirmada pela Audiencia Provincial de Madrid, em sentença de 26.04. 2006, e pela Sala de lo Civil do Tribunal Supremo, em sentença de 05.05.2010.

Em França, o desvalor do facto causador do dano é, como dissemos atrás, expresso através do conceito de *faute*, no qual convergem a ilicitude e a culpa. Diz, com efeito, o art. 1.382 do CC:

“Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer”.

A amplitude do conceito de *faute* – em que incorre todo aquele que se desvie da conduta que teria adotado nas mesmas circunstâncias um *bon père de famille*⁴⁰ – faz avultar a importância do *nexo de causalidade* como fator de delimitação das lesões de bens jurídicos alheios suscetíveis de gerarem a obrigação de indemnizar.

Compreende-se assim que a questão do nexo de causalidade exigível ao abrigo daquele preceito haja sido objeto de importantes acórdãos proferidos pelo Tribunal da Cassação francês relativos a ações de indemnização intentadas contra fabricantes de tabaco, que cumpre referir.

No acórdão de 20.11.2003,⁴¹ curava-se de uma ação de responsabilidade civil intentada pela vítima de um cancro do pulmão, Richard X, que fumara cigarros da marca *Gauloises* desde os treze anos, e depois prosseguida pelos seus sucessores, que reclamavam da *Société nationale d’exploitation industrielle des tabacs et allumettes* (Seita) a reparação dos danos alegadamente sofridos em consequência dessa patologia. A Cassação rejeitou nesse aresto o recurso interposto do acórdão da Cour d’appel de Orléans de 10 de setembro de 2001, que julgara improcedente a ação, com o seguinte fundamento:

40. Ver Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, vol. 2, *Responsabilité civile et quasi-contracts*, Paris, 2007, p. 160 ss.

41. S.A. SEITA c. Cts. Gourlain, disponível em [<http://www.courdecassation.fr>].

“L’arrêt retient que la loi ‘Veil’ a imposé l’indication sur les paquets de cigarettes des taux de nicotine et goudron, ainsi qu’un avertissement sanitaire sur le danger de l’abus de la consommation du tabac; (...) Richard X..., âgé de 27 ans en 1976, ne pouvait alors ignorer les méfaits de l’usage abusif du tabac, non seulement du fait de l’information légale portée sur les paquets de cigarettes, mais encore du fait de toutes les informations présentées à la connaissance de tous par les médias, presse et radio-télévision, comme l’établissent à suffisance 530 pièces produites par la Seita ; que Richard X..., gros fumeur, depuis l’âge de treize ans, de Gauloises bleues sans filtre, à raison d’au moins deux paquets par jour selon l’aveu de ses proches, était seul à pouvoir prendre les décisions qui s’imposaient; que si l’avertissement sanitaire légal pouvait influencer un fumeur récent ou une personne envisageant de fumer, il était improbable, même au regard du caractère ‘addictif’ du tabac sur lequel insistent les consorts X..., que Richard X..., qui avait assisté en 1980 au décès par cancer du poumon d’un membre de sa famille, qui avait été lui-même atteint d’un cancer en 1988 sans cesser de fumer, eût été influencé par ce message, même s’il n’était pas rigoureusement conforme à la loi; qu’il était ainsi pratiquement certain que même en retenant la thèse des consorts X... suivant laquelle l’information légale due par la Seita, en application de la loi du 10 juillet 1976, aurait été faite de façon critiquable, Richard X... n’aurait pas eu alors une attitude différente et que le dommage se serait produit de toutes façons; qu’il n’est pas démontré, d’une part que la ‘désinformation’ que les consorts X... imputent au directeur de la Seita, et qui se serait caractérisée par une seule communication dans une publication destinée aux seuls débitants de tabac ou par la publicité, alors non réglementée, d’autre part que l’ensemble des fautes qu’ils reprochent à la Seita postérieurement à 1976, aient joué quelque rôle que ce soit dans l’habitude prise depuis longtemps par leur auteur; qu’ainsi, en l’absence de lien de causalité, il n’apparaît pas nécessaire d’examiner la réalité des manquements à l’obligation d’information allégués par les consorts X... et la responsabilité de la Seita pour la période postérieure à 1976 ne peut être retenue.”

No acórdão de 08.11.2007,⁴² a Cassação julgou uma situação semelhante. A vítima era neste caso uma mulher que havia começado a fumar *Gauloises* com doze ou treze anos, em 1973 ou 1974, i.é, pouco antes da entrada em vigor da *Loi Veil*, de 1976, que impôs aos fabricantes de tabaco o dever de advertirem os consumidores dos malefícios deste nas respetivas embalagens, a qual falecera em 1996 com um cancro brônquico. Os seus sucessores demandaram a SEITA, imputando-lhe a omissão de informação aos consumidores sobre os malefícios do tabaco e exigindo uma indemnização. Também neste caso a Cassação rejeitou o recurso interposto

42. Disponível em: [<http://legimobile.fr>].

do acórdão da Cour d'appel de Montpellier,⁴³ que julgara improcedente a ação, aduzindo para tanto que:

“ L'arrêt relève que Suzanne Y () a commencé à fumer à l'âge de 12-13 ans, soit en 1973-1974, c'est-à-dire peu avant l'entrée en vigueur de la loi de 1976, et qu'à cette époque, il était déjà largement fait état par les médias, des risques de maladies cardiovasculaires et de cancers engendrés par la consommation de tabac ; que Suzanne Y (), alors adolescente, à défaut d'avoir été informée par ces moyens, avait nécessairement dû l'être par ses parents, titulaires de l'autorité parentale et chargés, selon l'article 371-2 du code civil, de veiller à sa sécurité ainsi qu'à sa santé ; que par la suite, devenue majeure, épouse et mère de trois enfants, elle avait de même nécessairement dû être informée lors du suivi médical de ses grossesses, des risques résultant, tant pour elle-même que pour l'enfant à naître, d'une consommation excessive de cigarettes ; que de ces constatations souveraines la cour d'appel a pu déduire l'absence de relation de causalité entre la faute imputée à la SEITA et le décès de Suzanne Y , laquelle ne pouvait légitimement s'attendre à la sécurité d'un tel produit (...).”

Segundo observa um comentador deste aresto,⁴⁴ a Cassação fez assim seu o argumento conforme o qual ”entre o facto consistente em os fabricantes de tabaco colocarem à disposição dos seus clientes produtos cujo uso excessivo é suscetível de os prejudicar e o dano sofrido por alguns deles, intercala-se um *ato de liberdade fundamental* destes últimos, que interrompe o nexo de causalidade entre a colocação do produto em circulação e o dano”.

É certo que num caso julgado pelo Tribunal de Apelação de Roma em 07.03.2005⁴⁵ foi dada como provada a existência de um nexo de causalidade entre o cancro do pulmão sofrido por um familiar dos demandantes e o consumo de tabaco produzido pela ré.

Esse caso apresentava, no entanto, características particularíssimas, que permitiram ao Tribunal chegar a essa conclusão: (a) Por um lado, a circunstância de a vítima ter fumado vinte cigarros por dia durante 40 anos, enquanto vivia numa pequena cidade onde exercia a sua atividade profissional como professor, não estando, portanto, exposto a substâncias nocivas na sua vida quotidiana, e de não ter antecedentes oncológicos na sua família; (b) Por outro, o facto de em Itália, ao tempo, a produção e comercialização de produtos de tabaco pertencerem a um monopólio estatal.

43. Cour d'appel de Montpellier, acórdão de 22.03.2006, *Christian X c. SEITA*, disponível em [<http://www.easydroit.fr>].

44. Cf. Laurent Neyret, *La Cour de cassation neutralise l'obligation d'information de certains professionnels*, *Recueil Dalloz*, 2008. p. 804.

45. Ver Corte d'appello di Roma, sezione I civile, sentenza de 07.03.2005, disponível em [www.eius.it].

A exigência de um nexo de causalidade nas hipóteses em apreço tem igualmente encontrado eco na doutrina alemã, na qual se reconhece que “o lesado tem de provar que foi o consumo de tabaco que causou a sua doença, por outras palavras: deve alegar e provar que sem o consumo de tabaco a doença não existiria”.⁴⁶

É além disso necessário, a fim de se estabelecer o nexo de causalidade, demonstrar que foram os produtos de tabaco fabricados pelo demandado ou demandados que concretamente deram origem à lesão sofrida pelo demandante; o que, conforme tem sido também notado na literatura germânica, é dificilmente viável pelo que respeita a certas vítimas (em especial os denominados “fumadores passivos”), que consumiram ou foram expostas ao fumo de produtos de tabaco de múltiplas origens.⁴⁷

5. Colocação em circulação de produtos defeituosos

Entre os fundamentos de imputação aos fabricantes de tabaco dos danos sofridos pelos respetivos consumidores mais amplamente invocados conta-se ainda a colocação em circulação de produtos defeituosos (*products liability*).⁴⁸ Esta, sendo de um modo geral configurada como geradora de uma responsabilidade objetiva (*strict liability*), dispensa o consumidor de provar a culpa do lesante.

a) Nos Estados Unidos da América, a responsabilidade do produtor foi introduzida na secção 402A do *Restatement 2nd of Torts*, publicado em 1964 pelo American Law Institute. Segundo essa disposição, seguramente uma das mais debatidas do *Restatement*:

“One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer (...).”

A fim de se determinar o que é um produto “irrazoavelmente perigoso” (*unreasonably dangerous*) para os efeitos desta disposição, o comentário i ao § 402A do *Restatement* propunha o critério das “expectativas do consumidor” (*consumer expectations*), segundo o qual um produto seria qualificável como tal se fosse:

“Dangerous to an extent beyond that which would be contemplated by the ordinary consumer who purchases it, with the ordinary knowledge common to the community as to its characteristics.”

Segundo foi alegado em diversas ações judiciais nos Estados Unidos, os produtos derivados do tabaco seriam defeituosos, em virtude dos riscos excepcionais ou inesperados que apresentam.

46. Cf. Christian Thiele, *Die zivilrechtliche Haftung der Tabakindustrie*, cit., p. 139.

47. Neste sentido, Kullmann, est. cit., p. 230.

48. Ver, por exemplo, Lúcio Delfino, Responsabilidade civil das indústrias fumígenas sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, *Jusnavigandi*, ano 10 (2005).

De acordo, porém, com a jurisprudência que se pronunciou sobre o tema, dadas as características intrinsecamente tóxicas do tabaco, conhecidas do consumidor comum, o mesmo não poderia ser qualificado como *unreasonably dangerous* nesta aceção.

Assim, por exemplo, no caso *Roysdon v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, o United States District Court do Tennessee afirmou, a respeito de um caso em que se discutia a imputabilidade à ré dos danos sofridos pelo autor em razão do consumo de cigarros das marcas “Camel” e “Winston” fabricados por aquela, os quais seriam “defective and unreasonably dangerous due to their harmful contents”:

“In the instant action, this Court (...) finds that tobacco has been used for over 400 years and that its characteristics also have been fully explored. Knowledge that cigarette smoking is harmful to health is widespread and can be considered part of the common knowledge of the community. For this reason, as well as because of the language in comment i to section 402A of Restatement (Second) of Torts, this Court finds that the plaintiffs did not make a prima facie case that the defendant’s products are ‘unreasonably dangerous’”.⁴⁹

Esta decisão foi confirmada em 1988 pelo United States Court of Appeals para o Sexto Circuito, com o seguinte fundamento:

“Remembering that this action was limited to the ten years preceding the filing of this complaint, we think that this approach was appropriate. The extensive information regarding the risks of smoking available to the public during that time precluded the existence of a jury question as to whether cigarettes are unreasonably dangerous.”⁵⁰

De todo o modo, um comentário à secção 401 do mencionado *Restatement 2nd of Torts* excluía expressamente a responsabilidade do fabricante de tabaco nos seguintes termos:

“Good tobacco is not unreasonably dangerous merely because the effects of smoking may be harmful”.

A referida disposição do *Restatement 2nd* foi entretanto substituída pelo *Restatement of Torts, Third: Products Liability*, publicado em 1998, que abandonou, em matéria de responsabilidade do produtor, o critério das expectativas do consumidor. De acordo com esse novo *Restatement*, o consumidor tem de demonstrar que os riscos previsíveis do produto poderiam ter sido reduzidos ou evitados pela adoção pelo fabricante de um “desenho razoável alternativo” (*reasonable alternative design*), o qual parece de demonstração muito difícil relativamente aos produtos do tabaco. Diz, com efeito, a secção 2b desse *Restatement*:

49. Ver 623 F. Sup. 1189 (United States District Court, Eastern District Tennessee, 1985).

50. Ver 849 F.2d 230 (United States Court of Appeals, Sixth Circuit, 1988).

“A product is defective in design when the foreseeable risk of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design (...) and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe.”

Consideremos, a este respeito, o caso *Carl O. Brown, Jr. v. R.J. Reynolds Tobacco Co., et al.*,⁵¹ julgado pelo United States District Court, Eastern District Louisiana, em 1994. O autor contraíra cancro na garganta e nas cordas vocais, alegadamente em virtude do consumo de cigarros fabricados pelos réus, os quais seriam, no seu entender, *unreasonably dangerous in design*. Ora, o *Louisiana Products Liability Act*, aplicável ao caso, dispunha, segundo a sentença proferida neste caso, que:

“A product is unreasonably dangerous in design if, at the time the product left its manufacturer’s control: (1) There existed an alternative design for the product that was capable of preventing the claimant’s damage; and (2) The likelihood that the product’s design would cause the claimant’s damage and the gravity of that damage outweighed the burden on the manufacturer of adopting such alternative design and the adverse effect, if any, of such alternative design on the utility of the product”.

O Tribunal entendeu que o ónus da prova destes elementos da responsabilidade do produtor recaía sobre o autor. A esta luz, formulou a seguinte conclusão:

“Plaintiff does not offer proof of an alternative design against the manufacturers for the cigarettes he smoked (...). The design defect claims against RJR and Liggett must be dismissed for lack of any evidence against those manufacturers.”

b) Na União Europeia, esta matéria é objeto da Diretiva 85/374/CEE do Conselho relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados membros em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos.

Aí se estabelece a imputabilidade ao fabricante, independentemente de culpa sua, dos danos causados por produtos que haja colocado em circulação (art. 1.º).

Os produtos do tabaco estão incluídos no âmbito de aplicação da Diretiva. Contudo, esta (ou, *rectius*, as legislações dos Estados-Membros da União Europeia que visam transpô-la para os respetivos sistemas jurídicos nacionais) só é aplicável quando os produtos em causa padeçam de um *defeito*.

Este último tem-se por verificado, nos termos do art. 6.º, n. 1, quando o produto:

“Não oferece a segurança que se pode legitimamente esperar, tendo em conta todas as circunstâncias, tais como:

51. 852 F.Sup. 8.

- a) A apresentação do produto;
- b) A utilização do produto que se pode razoavelmente esperar;
- c) O momento de entrada em circulação do produto.”

Em Portugal, esta Diretiva foi transposta para a ordem jurídica interna pelo Dec.-lei 383/1989, de 6 de novembro, cujo art. 4.º, n. 1, estabelece:

“Um produto é defeituoso quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação”.

Tal como na Diretiva europeia, é pela *segurança* que o produto oferece que, de acordo com este diploma legal português, se afere o seu caráter defeituoso.

Para o efeito, haverá que atender às *expectativas do público* no setor do consumo em questão, as quais devem ser determinadas pelo tribunal tendo em conta todas as circunstâncias do caso concreto, tais como a apresentação do produto, a utilização que dele possa ser razoavelmente feita, o momento da sua entrada em circulação etc..⁵²

A esta luz, consoante foi salientado na doutrina portuguesa, “o tabaco não é em regra um produto defeituoso, mas, antes, um produto perigoso por natureza, ou seja, em que as desvantagens para a saúde estão indissociavelmente ligadas ao desempenho regular da sua função. Não há defeito de conceção do tabaco (...) porque as características que o tornam perigoso são as que motivam a sua procura”.⁵³

Não é outra a conclusão a que se chega em face da legislação alemã sobre esta matéria, em particular a *Produkthaftungsgesetz* de 1989, cujo § 3 (1) define o produto defeituoso nos seguintes termos:

“Um produto é defeituoso quando não ofereça a segurança que, tendo em conta todas as circunstâncias, em especial

- a) a sua apresentação,
- b) o uso com o qual habitualmente possa contar-se,
- c) o momento em que foi introduzido no tráfico, possa legitimamente esperar-se.”⁵⁴

52. Ver, neste sentido, João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, 1990, p. 633 ss.

53. Neste sentido, Henrique Sousa Antunes, Apontamento sobre a responsabilidade civil do fabricante de tabaco, cit., p. 191.

54. “(1) Ein Produkt hat einen Fehler, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere (a) seiner Darbietung, (b) des Gebrauchs, mit dem billigerweise gerechnet werden kann, (c) des Zeitpunkts, in dem es in den Verkehr gebracht wurde, berechtigterweise erwartet werden kann”.

A doutrina e a jurisprudência dominantes entendem, perante este preceito, que os produtos do tabaco, apesar dos perigos que o seu consumo envolve, não podem ser tidos como defeituosos, visto que tais perigos são do conhecimento geral e, por isso, integram as expectativas de segurança do público.⁵⁵

Neste sentido, pode ler-se na decisão do *Oberlandesgericht Hamm* de 4 de junho de 2004:⁵⁶

“Contrariamente ao entendimento sustentado pelo Autor, não pode afirmar-se a existência nos cigarros de um defeito de conceção relevante para efeitos de responsabilidade civil, quer no domínio dos atos ilícitos, quer no das disposições da lei sobre a responsabilidade do produtor. Os perigos para a saúde decorrentes do fumo de cigarros, bem como o risco de dependência ou de surgimento de um vício são há muito geralmente conhecidos da população (ver OLG Frankfurt, NJW-RR 2001, 1471 = ZLR 2001, 339; OLG Hamm, ZLR 2001, 332; LG Bielefeld, NJW 2000, 2514 s; LG Wiesbaden, ZLR 2001, 342 ss; Kullmann, Haftung von Tabakkonzernen für Raucherschäden, ZLR 2001, 231, 233; Steffen, Produzentenhaftung für Raucherschäden in den USA – Von der Mitverantwortung des Richters für die Selbstverantwortlichkeit des Bürgers, NJW 1996, 3062, 3063). Por isso, o Autor, assim como os demais consumidores de cigarros, não podiam no passado, e continuam a não poder atualmente, esperar que os cigarros – por exemplo, através da eliminação de certos aditivos ou da incorporação neles de quaisquer mecanismos de proteção – sejam fabricados de tal modo que os perigos a eles inerentes sejam suprimidos. Os perigos tipicamente associados à utilização de um produto que sejam conhecidos do consumidor e por ele em princípio aceites não têm de ser evitados pelo fabricante (ver BGH, NJW 1990, 906; Kullmann, loc. cit., p. 233). Quanto à questão de saber quais os perigos associados ao fumo de cigarros que são conhecidos da generalidade das pessoas, não é imprescindível considerar os pormenores médicos dos diferentes tipos de doenças, nem as diferentes expressões possíveis da habituação ou dependência de cigarros, antes é suficiente que a problemática essencial seja do conhecimento geral, como sucede há muitas décadas com o fumo de cigarros.”⁵⁷

55. Ver, neste sentido, Josef Kullmann, Haftung für Rauserschäden, cit., p. 227. Contra: Carsten Merten, “Tabakschäden in Deutschland – Wo Rauch ist, ist auch Feuer”, in T. Dolde, S. Hartwig, C. Merten e H.P. Neitzke (orgs.), *Fachtagung der E+S Rück, Emerging Risks – Schadenpotenziale der Zukunft*, s.l., s.d., p. 23 ss. Preconizando uma diferenciação consoante os grupos de consumidores em causa, veja-se Thiele, *Die Zivilrechtliche Haftung der Tabakindustrie*, cit., p. 105 ss.

56. Disponível em: [www.justiz.nrw.de]. A tradução é da nossa responsabilidade.

57. Texto original em alemão: “Entgegen der Auffassung des Klägers ist ein haftungsrelevanter Konstruktionsfehler bei Zigaretten nicht zu bejahen, was gleichermaßen für den Bereich der unerlaubten Handlung wie die Regelungen des Produkthaftungsgesetzes gilt.

Também em França, onde a mencionada Diretiva foi transposta para o Direito interno pela Lei 98-389, de 19 de maio de 1998, que introduziu no Código Civil os arts. 1386-1 a 1386-18, a *Cour d'appel* de Orléans, no já referido acórdão de 10 de setembro de 2001, relativo ao caso *S.A. Seita c. Cts. Gourlain*,⁵⁸ considerou aquela lei inaplicável a uma ação intentada contra a *Société Nationale d'Exploitation Industrielle des tabacs et Allumettes* (Seita) pela vítima de um cancro de pulmão e da língua atribuído ao consumo quotidiano entre 1963 e 1998 de dois maços de cigarros *Gauloises* sem filtro.

Nos Países-Baixos, o Tribunal de Amesterdão, em sentença de 17.12.2008, proferida no caso *Peter Römer c. British American Tobacco*, julgou também improcedente uma ação intentada por um fumador, que contraíra um enfisema pulmonar, contra um fabricante de cigarros distribuídos naquele país e na Alemanha, com fundamento no caráter alegadamente defeituoso dos produtos distribuídos pelo réu, que este consumira entre 1957 e 1983. Para tanto, declarou o Tribunal:

“A producer is not liable for the risks that are inherent in the normal use of the product insofar as these risks are generally known.”

E acrescentou o mesmo Tribunal:

Die vom Zigarettenrauchen für den Konsumenten ausgehenden Gefahren für die Gesundheit sowie die Gefahr des Abhängigwerdens bzw. der Entstehung einer Sucht sind seit langer Zeit in der gesamten Bevölkerung allgemein bekannt (vgl. OLG Frankfurt, NJW-RR 2001, 1471 = ZLR 2001, 339; OLG Hamm, ZLR 2001, 332; LG Bielefeld, NJW 2000, 2514 f; LG Wiesbaden, ZLR 2001, 342 ff; Kullmann, Haftung von Tabakkonzernen für Raucherschäden, ZLR 2001, 231, 233; Steffen, Produzentenhaftung für Raucherschäden in den USA – Von der Mitverantwortung des Richters für die Selbstverantwortlichkeit des Bürgers, NJW 1996, 3062, 3063). Der Kläger konnte in der Vergangenheit und kann auch heute daher ebenso wie die sonstigen Konsumenten von Zigaretten nicht erwarten, dass Zigaretten – etwa durch Weglassen jedweder Zusatzstoffe sowie durch Einbau jeglicher denkbarer Schutzmechanismen – so konstruiert werden, dass die produktimmanenten Gefahren des Zigarettenrauchens nicht mehr von ihnen ausgehen. Die typischerweise mit der Benutzung eines Produkts verbundenen und dem Verbraucher bekannten und von ihm grundsätzlich in Kauf genommenen Gefahren braucht der Produzent nicht abzuwenden (vgl. BGH, NJW 1990, 906; Kullmann, aaO, S. 233). Bei der Frage, welche Gefahren der Allgemeinheit im Zusammenhang mit dem Rauchen von Zigaretten bekannt sind, ist dabei nicht entscheidend auf die medizinischen Einzelheiten der verschiedenen Erkrankungsbilder sowie die unterschiedlichen Ausprägungen von Zigaretteingewöhnung bzw. Zigarettenabhängigkeit abzustellen, sondern es ist ausreichend, dass die Kernproblematik zum allgemeinen Grundwissen gehört, was beim Zigarettenrauchen seit vielen Jahrzehnten der Fall ist”.

58. Reproduzido em *Responsabilité civile et assurances*, novembro de 2001. p. 9. Ver, sobre esse aresto, Luc Grynbaum, “Le tabac: un produit dangereux, sans obligation d’information”, *ibidem*, p. 8 s.

“The Court therefore asserts that the risks in question must in any event have been known to the broad public both in Germany and in the Netherlands by 1963, even if account is taken of the fact that smoking and health questions were considered differently from now.”

No Brasil, a mesma orientação vingou na citada decisão do STJ brasileiro de 27.04.2010, em cuja ementa se pode ler:

“O cigarro é um produto de periculosidade inerente e não um produto defeituoso, nos termos do que preceitua o Código de Defesa do Consumidor, pois o defeito a que alude o Diploma consubstancia-se em falha que se desvia da normalidade, capaz de gerar uma frustração no consumidor ao não experimentar a segurança que ordinariamente se espera no produto ou serviço.”⁵⁹

Em face do exposto, parece inevitável concluir, com Geraint Howells, ser “improvável que os tribunais venham a considerar defeituosos os produtos do tabaco ao abrigo dos atuais regimes de responsabilidade objetiva”.⁶⁰

6. Detenção de coisas ou exercício de atividades perigosas

À luz do estado atual dos conhecimentos sobre os efeitos do consumo do tabaco, este pode qualificar-se, como sucedeu em alguns dos arestos citados, como um *produto perigoso*. Vem daqui outro fundamento possível de imputação dos danos sofridos pelos consumidores de tabaco, com que a jurisprudência de diversos países se tem confrontado.

Em França, a questão foi objeto de análise na mencionada decisão proferida pela *Cour d'appel* de Orléans em 10.09.2010, relativa ao caso *S.A. Seita c. Cts. Gourlain*. O Tribunal referiu-se nesse caso à regra constante do art. 1.384 do Código Civil francês, nos termos do qual:

“On est responsable non seulement du dommage qu'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.”

Trata-se da denominada *responsabilité du fait des choses inanimées*, que encontra o seu fundamento na noção de “guarda” e é independente de qualquer *faute* do guardião das coisas que causaram o dano.

Ora, segundo o referido Tribunal, na espécie o dano sofrido pelo demandante e pelos seus familiares:

59. Esta orientação foi posteriormente reafirmada nas decisões do STJ de 16.12.2010, *Francisco de Sales c. Souza Cruz S.A.*, e de 23.05.2011, *Mariza Celestina de Oliveira e outros c. Souza Cruz SA*.

60. Cf. *The Tobacco Challenge. Legal Policy and Consumer Protection*, Farnham, 2011. p. 97.

“Ne pourrait être attribué exclusivement à la structure des cigarettes mais aurait été provoqué par le fumeur lui-même: Monsieur Goulain fumeur excessif (...).”

Em Itália, a responsabilidade pelo exercício de atividades perigosas encontra-se regulada no art. 2.050 do CC, segundo o qual:

“Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un’attività pericolosa, per sua natura o per la natura de mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno.”

Nos casos abrangidos por este preceito, presume-se a culpa daquele que desenvolve as atividades em questão.

Embora esta disposição tenha sido invocada em diversas ações intentadas contra fabricantes de tabaco, os tribunais têm recusado a sua aplicação, com fundamento em que não são propriamente o fabrico e a comercialização de produtos de tabaco que constituem a fonte de perigo, mas antes o consumo destes.⁶¹

Neste sentido, decidiu por exemplo o Tribunal de Roma na citada sentença de 14 de abril de 1997:

“Nemmeno è ravvisabile una responsabilità ex art. 2050 c.c. considerato che deve intendersi come attività pericolosa quella che per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati presenti una grave potenzialità di danno. L’ambito della norma è limitato ai danni ricollegabili ad attività che nel loro svolgimento creino situazioni di pericolo o rendano probabile il verificarsi di incidenti: il danno contemplato dalla citata norma è quello collegato causalmente all’esercizio della attività. Nel caso di specie il danno non è collegato alla produzione di sigarette ma al consumo successivo del prodotto finale né d’altra parte può affermarsi che le sigarette abbiano in sé come prodotto, una potenzialità lesiva collegata allo svolgimento dell’attività di cui costituiscono il risultato.”

Mais recentemente, afirmou o mesmo Tribunal numa sentença de 29.02.2008:

“Non sembra possibile configurare l’attività di produzione e commercializzazione di sigarette come pericolosa ex art. 2.050 cc, non rinvenendosi in essa il carattere della pericolosità intrínseca (como è noto, non è l’uso, bensì l’abuso di sigarette che può nuocere alla salute), e non potendosi considerare pericolosi i mezzi adoperati nel corso del suo esercizio (...).”

Por seu turno, o Código Civil português estabelece, no art. 493.º, n. 2, sob a epígrafe “danos causados por coisas, animais ou atividades”, que:

“Quem causar danos a outrem no exercício de uma atividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, ex-

61. Ver, por último, a sentença do Tribunal de Roma de 05.02.2009, n. 1828, *European Product Liability Review*, n. 35, junho 2009, p. 19 ss.

ceto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir.”

Ora, não está em causa, nos casos de danos sofridos pelos consumidores dos produtos fabricados pelas tabaqueiras, a perigosidade de certa atividade ou dos meios empregados para levá-la a cabo, mas antes *do produto em si mesmo* e do seu consumo. Dificilmente pode, por isso, considerar-se preenchida, nesses casos, a previsão do art. 493.º, n. 2, do Código Civil português.

Além disso, consoante tem sido bastas vezes notado, essa perigosidade é há muito amplamente conhecida do público e objeto de informação prestada pelos fabricantes nos próprios invólucros que contêm cigarros e outros produtos feitos de tabaco. O que exclui a ilicitude da sua atuação.

É certo que a publicidade do tabaco, durante muitos anos abertamente consentida pelos sistemas jurídicos de numerosos países, esbate um tanto o impacto dessa informação.⁶² Mas não pode dizer-se que a anule completamente.

Até porque, como salientou o Min. Luis Felipe Salomão na citada decisão do STJ brasileiro de 27.04.2010, de que foi relator:

“Afirmar que o homem não age segundo o seu livre-arbítrio em razão de suposta “contaminação propagandista” arquitetada pelas indústrias do fumo, é afirmar que nenhuma opção feita pelo homem é genuinamente livre, porquanto toda a escolha da pessoa, desde a compra de um veículo a um eletrodoméstico, sofre os influxos do meio social e do marketing. É desarrazoado afirmar-se que nessas hipóteses a vontade não é livre.”

Nesta medida, ainda que devesse presumir-se a culpa do lesante nas situações em apreço, sempre haveria de reconhecer-se a concomitante culpa do lesado, que, nos termos do art. 570.º, n. 2, do Código Civil português, exclui em tais casos a obrigação de indemnizar.⁶³

De todo o modo, a publicidade do tabaco encontra-se hoje proibida em diversos países, entre os quais Portugal,⁶⁴ não podendo por isso ser tida em conta como fator de anulação da informação do público quanto à perigosidade do consumo do tabaco.

62. Ver, nesta linha de orientação, Claudia Lima Marques, “Violação do dever de boa-fé de informar corretamente, atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha. Nexo causal entre a falha/defeito de informação e defeito de qualidade nos produtos de tabaco e o dano final morte. Responsabilidade do fabricante do produto, direito a ressarcimento dos danos materiais e morais, sejam preventivos, sejam reparatórios ou satisfatórios”, *RT*, vol. 835, p. 75 e ss., maio 2005.

63. Dispõe esse preceito: “Se a responsabilidade se basear numa simples presunção de culpa, a culpa do lesado, na falta de disposição em contrário, exclui o dever de indemnizar”.

64. Cf. o art. 6.º, n. 1, do Dec.-lei 14/2006, de 20 de janeiro.

III. DAS CAUSAS DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DAS TABAQUEIRAS NO DIREITO COMPARADO

7. *Consentimento do lesado*

a) Na generalidade dos sistemas jurídicos aqui considerados, o consentimento do lesado exclui a ilicitude do facto danoso e determina, reflexamente, a ausência de responsabilidade do agente.

No tocante à imputabilidade às tabaqueiras dos danos sofridos pelos consumidores de produtos de tabaco, este argumento tem desempenhado um papel do maior relevo.

Assim, na jurisprudência dos sistemas de *Common Law*, desde pelo menos a “segunda vaga” de ações de responsabilidade civil dirigidas nos Estados Unidos contra as empresas produtoras de tabaco a “aceitação do risco” (*assumption of risk*) tem constituído, como vimos, um fundamento frequentemente insuperável da improcedência dessas ações.

Esta causa de exclusão da ilicitude foi recentemente afirmada, de forma particularmente incisiva, no caso *McTear v. Imperial Tobacco Ltd.*, j. 31.05.2005 pelo *Scottish Court of Session* (supremo tribunal escocês).⁶⁵

Nele o tribunal pronunciou-se sobre a imputabilidade à ré, *Imperial Tobacco Ltd.*, dos danos sofridos pelo autor, *Alfred McTear*, que começara a fumar em 1964, i.é, sete anos antes de serem introduzidos os avisos sobre os efeitos nocivos do tabaco nas respetivas embalagens. Em 1992, foi-lhe diagnosticado um cancro do pulmão. Em 1993, demandou a ré, com fundamento em esta não ter colocado avisos nos maços de tabaco que comercializava nos anos 1960 e em ter continuado a comercializar produtos de tabaco apesar de conhecer os respetivos riscos.

O tribunal julgou improcedente a ação. Para tanto, sublinhou que o autor conhecia o risco dos produtos de tabaco e aceitara-o voluntariamente. Logo, não haveria *negligence* por parte do fabricante.

Por outro lado, o vício de que o autor alegadamente padecia não o inibiria de renunciar ao consumo desses produtos. Lê-se, a este respeito, na decisão:

“The fact that smokers such as Mr. McTear may find it difficult to give up does not appear to me to deprive them of the element of free will which is fundamental to the individualist philosophy of the common law.”

b) Nos sistemas romano-germânicos, o consentimento do lesado constitui também uma causa justificativa do facto ilícito.

Em Portugal, a matéria encontra-se expressamente regulada no Código Civil, cujo art. 340.º, n. 1, dispõe:

65. Ver 2005 2 S.C. 1.

“O ato lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão.”

Assim, se a vítima de doença causada pelo tabagismo consumiu voluntariamente ao longo de anos produtos que sabia poderem dar origem à mesma, não há ilicitude nos atos imputados às empresas que fabricaram e comercializaram esses produtos.

A lesão da saúde em causa foi, nestes casos, consentida pela vítima, razão pela qual não se justifica a imposição àquelas do dever de ressarcirem a vítima: *in volenti non fit iniuria*.

A responsabilidade civil pressupõe, em princípio, a ocorrência de um dano *sem a vontade* ou *contra a vontade* do lesado; quando este tiver anuído ao mesmo, não há responsabilidade.⁶⁶

Em Espanha, este entendimento foi afirmado de forma particularmente nítida na sentença da Audiencia Provincial de Madrid de 20.04.2005, respeitante a uma ação intentada contra a Philip Morris Spain S.A., pela viúva de uma vítima de cardiopatia isquémica, Emiliano Amaya Vilar, um médico, alegadamente causada pelo consumo de um maço de tabaco por dia das marcas “Lark”, “Marlboro” e “L&M” durante cerca de vinte anos. Declarou o tribunal nessa decisão:

“Don Emiliano Amaya Vilar era médico estomatólogo, circunstancia que permite presumir el conocimiento por su parte de los efectos tremendamente nocivos que para la salud tiene el tabaco – sustância legal –, de los riesgos que el fumar conlleva, y de la dificultad de su deshabitación, y, siendo el fumar un ato voluntario, el sr. Amaya asumió libremente los posibles riesgos que para su salud podía comportar el consumo de una cajetilla diária de cigarrillos, hasta que dejó de fumar también voluntariamente.”

Na Alemanha, este tipo de situações, em que o lesado se expõe voluntariamente ao risco de um dano, são reconduzidas ao conceito de “atuação por sua conta e risco” (*handeln auf eigene Gefahr*), desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência.⁶⁷ É-lhes aplicável o disposto no § 254 do BGB sobre a culpa do lesado,⁶⁸ de que cuidaremos a seguir, em virtude do qual a indemnização devida pelo agente pode ser reduzida ou mesmo excluída.

É, porém, sabido que em muitos casos o consumo de produtos de tabaco se inicia adolescência e se prolonga depois durante a idade adulta, em parte devido à habitação; o que suscita a dúvida sobre se nesses casos o consentimento do lesado deverá operar como causa de exclusão da ilicitude.

66. Ver, neste sentido, João Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. I, cit., p. 561.

67. Cf. Thiele, *Die zivilrechtliche Haftung der Tabakindustrie*, cit., p. 212.

68. Ver, nesse sentido, Wolfgang Fikentscher, *Schuldrecht*, 9. ed., Berlim/Nova Iorque, 1997, p. 317 s.

A questão não é, evidentemente, suscetível de uma resposta em termos gerais: tudo depende das circunstâncias do caso concreto. Não obstante isso, parece inequívoco que os malefícios do tabaco são hoje amplamente dados a conhecer às crianças e aos jovens através dos pais (cujos deveres de proteção em relação aos filhos compreendem estas matérias), da escola, da comunicação social e das campanhas públicas de informação especificamente dirigidas a este setor do público, levadas a cabo em muitos países.

8. *Culpa do lesado*

a) Com o consentimento do lesado não se confunde a *culpa do lesado*, que não raro concorre com a do lesante e pode levar à exclusão ou à atenuação da responsabilidade deste.⁶⁹

É o que tem sucedido, bastas vezes, em ações intentadas perante os tribunais norte-americanos e de outros países contra as empresas produtoras de tabaco, em que se verificou que as lesões sofridas pelos demandantes se deviam ao consumo prolongado ou excessivo dos produtos de tabaco, não raro concomitantemente com o de outras substâncias igualmente nocivas.

Nestes casos, a culpa do lesado tem determinado a redução da indemnização, proporcionalmente a essa culpa, ao abrigo da doutrina dita da *comparative fault* ou *comparative negligence*.⁷⁰

Nesta linha de orientação se insere, por exemplo, a sentença proferida em 1961 pelo United States Court of Appeals for the Third Circuit, no mencionado caso *Pritchard*,⁷¹ em que se pode ler:

“If a man buys whiskey and drinks too much of it and gets some liver trouble as a result I do not think the manufacturer is liable unless (1) the manufacturer tells the customer the whiskey will not hurt him or (2) the whiskey is adulterated whiskey – made with methyl alcohol, for instance. The same surely is true of one who churns and sells butter to a customer who should be on a nonfat diet. The same is true, likewise, as to one who roasts and sells salted peanuts to a customer who should be on a no-salt diet. Surely if the butter and the peanuts are pure there is no liability if the cholesterol count rises dangerously. In this case there was no claim that Chesterfields are not made of commercially satisfactory tobacco. See Restatement (Second), Torts 402A (Tent. Draft n. 6, 1961).”

69. Cf., sobre o ponto, Luís Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, cit., p. 297 s.

70. Veja-se, sobre essa doutrina, por todos, *Prosser & Keeton on Torts*, 5. ed., por W. Page Keeton (General Editor), St. Paul, Minn., 1984, p. 468 ss.

71. Ver supra, n. 3.

A mesma doutrina da *comparative fault* foi aplicada no caso *Cippolone*, a que fizemos referência atrás.⁷²

b) No direito civil português, a culpa do lesado encontra-se regulada no art. 570.º do Código Civil, cujo n. 1 dispõe:

“Quando um facto culposo tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída.”

Também no Brasil se prevê no art. 945 do CC que:

“Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”

Eis por que na decisão do STJ de 04.05.2009, relativa ao caso *Laura Silva e outros c. Philip Morris Brasil SA*,⁷³ foi confirmado acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul que excluía a responsabilidade da empresa recorrida, concluindo pela culpa exclusiva do consumidor, com o seguinte fundamento:

“A atividade de fumar é daquelas que tem início e continuidade mediante livre arbítrio do cidadão, não se podendo reconhecer que a atividade de fumar tenha início e se dê tão somente por força de propaganda veiculada pela indústria fabricante de cigarros. Também é certo afirmar que eventual vício contraído pelo usuário do fumo não é permanente e irreversível, já que a cessação da atividade de fumar é um fato notório e que depende única e exclusivamente do consumidor.”

Na Alemanha, em caso de culpa concorrente (*Mitverschulden*) do lesado a obrigação de indemnização a cargo do lesante depende da medida em que cada uma das partes tiver causado o dano. Dispõe, com efeito, a este propósito o § 254 (1) do BGB:

“Quando a culpa do lesado houver concorrido para a produção do dano, a obrigação de indemnizar, assim como o âmbito da indemnização a prestar, dependerão das circunstâncias, em especial da medida em que o dano houver sido causado preponderantemente por uma ou outra das partes.”⁷⁴

Em França, a *faute* da vítima, aferida, como dissemos, pela comparação da conduta da vítima com a que teria tido no seu lugar um *bonus pater familias*, é também tida como causa de exoneração do autor do dano.⁷⁵

72. Idem.

73. Disponível em: [<http://www.tobaccocontrollaws.org>].

74. “Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist”.

75. Ver Fabre-Magnan, op. cit., p. 144.

Em Itália, dispõe o art. 1.227 do CC, aplicável à responsabilidade extracontratual em virtude da remissão constante do art. 2.056 do mesmo diploma legal:

“Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l’entità delle conseguenze che ne sono derivate. / Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l’ordinaria diligenza.”

Parece, assim, inequívoco, em face das leis portuguesa, brasileira, alemã, francesa e italiana, que a indemnização porventura devida à vítima do consumo de produtos de tabaco pelo fabricante destes pode ser reduzida ou excluída em razão da censurabilidade da sua própria conduta.

Será esse o caso, manifestamente, se a vítima houver iniciado o consumo de tabaco na idade adulta com perfeito conhecimento dos perigos a ele associados;⁷⁶ mas poderá sê-lo também quando o consumo haja começado na adolescência e tenha prosseguido durante a maioridade da vítima, apesar de esta ter consciência dos efeitos nocivos do tabaco para a saúde,⁷⁷ *maxime* quando se possa imputar à vítima um consumo manifestamente excessivo. Conforme declarou, a este respeito, o Tribunal de Roma na citada sentença de 14.04.1997:

“Lo stato della ricerca scientifica dimostra che gli effetti negativi per la salute dell’uso del Tabaco sono strettamente legati alla quantità dello stesso. L’abuso di sigarette, però, costituisce una scelta individuale che non può esse addebitati ad altri.”

IV. SÍNTESE COMPARATIVA

9. *A diferente relevância da responsabilidade civil das tabaqueiras nos sistemas jurídicos contemporâneos*

a) A análise comparativa anteriormente empreendida permite-nos concluir, antes de mais, pela diferente relevância da responsabilidade civil das tabaqueiras nos sistemas jurídicos contemporâneos.

Foi, com efeito, sobretudo perante os tribunais norte-americanos que essa responsabilidade foi feita valer – ainda que, como se viu, com êxito muito limitado – ao longo das últimas décadas.

A esse fenómeno não serão alheios, entre outros, os seguintes fatores:

– A importância económica que a indústria do tabaco assume nos Estados Unidos e os elevados níveis de consumo dos produtos derivados dele que se atingiram neste país;

76. Ver, nesta linha de orientação, Isabelle Desbarats, est. cit., p. 172.

77. Nesse sentido, Thiele, *Die zivilrechtliche Haftung der Tabakindustrie*, cit., p. 216.

– Os incentivos à instauração de ações judiciais que decorrem da admissibilidade nos Estados Unidos do pacto de *quota litis* (*contingency fee system*), da consagração na jurisprudência norte-americana dos chamados *punitive damages* e da ausência no Direito deste país do princípio *loser pays*, adotado em vários sistemas jurídicos europeus;

- A amplitude com que são admitidas neste país as denominadas *class actions*; e
- A inexistência nos Estados Unidos de um serviço nacional de saúde.

Acima de tudo, contribuiu para este fenómeno a maior dificuldade dos órgãos legislativos norte-americanos (por comparação com os europeus) em regularem o fabrico e a comercialização de produtos de tabaco, que esteve em alguma medida na origem do aludido *Master Settlement Agreement* concluído em 1998, a que nos referimos atrás.

Por isso se fala da primazia, nos Estados Unidos, de um *private litigation approach*.

Esta preferência norte-americana pela via judicial de regulação das atividades relacionadas com o fabrico, distribuição e consumo de produtos de tabaco está bem patente nas seguintes palavras de Peter F. Riley:

“The potential exposure to tort liability, including punitive damages, for failure to warn adequately would provide the necessary incentive for the tobacco industry to market its products more responsibly, without the need for continuous regulatory legislation. The tobacco industry would be forced to self-regulate its marketing practices (...).”⁷⁸

b) Na União Europeia, há nesta matéria, como resulta do exposto, um recurso menos significativo aos processos judiciais e uma regulação legal mais pormenorizada do fabrico, da apresentação e da comercialização de produtos do tabaco, de que são exemplos as mencionadas Diretivas 2001/37/CE e 2014/40/EU, a primeira das quais entretanto transposta para as ordens jurídicas dos Estados Membros da União.

Este fenómeno é atribuível, entre outros, aos seguintes fatores:

- O nível geralmente mais baixo das indemnizações arbitradas pelos tribunais europeus;
- A inexistência, na maior parte dos sistemas jurídicos, de *punitive damages*;
- O menor desenvolvimento das *class actions*;
- A proibição da *quota litis*;
- O princípio conforme o qual a parte vencida paga as custas do processo, na proporção em que o for;

78. Est. cit. na *Boston College Law Review*, p. 1173.

– A circunstância de as vítimas do tabagismo beneficiarem, na generalidade dos países europeus, de assistência médica fornecida gratuitamente, ou a baixo custo, pelo Estado; e

– A maior facilidade em se adotarem e implementarem na União Europeia instrumentos de regulação normativa das atividades económicas.

Pode assim dizer-se que vingou nesta matéria, no continente europeu, um *regulatory approach*, que contrasta flagrantemente com a orientação dominante nos Estados Unidos.

10. *A convergência de resultados entre os sistemas jurídicos nacionais no tocante à responsabilidade civil das tabaqueiras*

a) Não obstante a diversidade das orientações seguidas nos sistemas jurídicos norte-americano e europeu no tocante à regulação do fabrico, apresentação e comercialização de produtos de tabaco, e conseqüentemente da relevância que neles assume a jurisprudência como fonte de direito nesta matéria, não são fundamentalmente diversos os resultados a que os tribunais desses sistemas jurídicos têm chegado no tocante à responsabilidade civil das tabaqueiras pelos danos sofridos pelos consumidores daqueles produtos.

A comparação que empreendemos permitiu-nos, com efeito, verificar que:

– A imputação destes danos às tabaqueiras com fundamento na violação de obrigações contratuais é recusada na maior parte desses sistemas jurídicos;

– A jurisprudência dos tribunais de um vasto número de países tende a considerar que não se encontram preenchidos os pressupostos da responsabilidade pela violação de deveres de informação ou pela prestação de informações falsas, *maxime* a ocorrência de um facto ilícito e de um nexo de causalidade entre este e o dano sofrido pela vítima;

– Mesmo que esses pressupostos se encontrem preenchidos, essa responsabilidade é, ainda assim, excluída em vários sistemas jurídicos pela conduta da vítima, em virtude da aceitação voluntária dos riscos inerentes aos produtos do tabaco ou da censurabilidade dessa conduta;

– Tampouco têm tido êxito as pretensões indemnizatórias fundadas na responsabilidade do fabricante por produtos defeituosos, visto o tabaco não poder ser qualificado como produto defeituoso para os efeitos das disposições legais e das regras de fonte jurisprudencial que se ocupam da matéria;

– Outro tanto sucede nos sistemas jurídicos aqui considerados com a responsabilidade civil pela detenção de coisas ou pelo exercício de atividades perigosas, cujos pressupostos tampouco se encontram preenchidos nas hipóteses em apreço.

Conclui-se, assim, que os danos causados por produtos de tabaco cujas características não sejam objeto de *informações falsas ou erradas* por parte dos

respetivos fabricantes são, em princípio, insuscetíveis de imputação a estes últimos.⁷⁹

b) O que nos leva a estoura conclusão: o controlo dos efeitos potencialmente nocivos dos produtos do tabaco será mais eficazmente conseguido – como, de resto, tem preconizado a Organização Mundial de Saúde⁸⁰ – através da adoção de medidas destinadas a *prevenir* ou *controlar* esses efeitos (*maxime* as que visem o esclarecimento dos consumidores e a abstenção do consumo) do que pela via de ações judiciais dirigidas *remediá-los* ou a *sancionar*, ainda que apenas civilmente, os fabricantes desses produtos pelos malefícios destes.

É justamente neste sentido que se orienta a *Convenção-Quadro da Organização Mundial de Saúde para o Controlo do Tabaco*, adotada em Genebra, pela 56.^a Assembleia Mundial de Saúde, em 21.05.2003,⁸¹ cujo art. 4.º estabelece como primeiro princípio diretor nesta matéria:

“Todas as pessoas deverão ser informadas das consequências para a saúde, da dependência e da ameaça mortal que o consumo e a exposição ao fumo do tabaco provocam e, ao nível governamental adequado, deverão ser adaptadas medidas legislativas, executivas, administrativas ou outras medidas eficazes para proteger as pessoas contra a exposição do fumo do tabaco”.

O *approach* europeu (que a nova Diretiva Sobre os Produtos do Tabaco, independentemente dos seus méritos, confirmou e acentuou) parece assim ganhar terreno nesta matéria, ao menos no plano internacional.

Será esta porventura a forma de evitar o risco, a que se referia há alguns anos Philippe Malaurie a propósito de uma ação intentada perante os tribunais franceses (de que demos conta acima⁸²) de “*infantilização da nossa sociedade*” e de transformação desta num mundo, à imagem dos Estados Unidos, “*inteiramente penalizado e judiciarizado, onde doravante não existem senão vítimas e responsáveis*”.⁸³

79. Exprime esta ideia de forma particularmente incisiva Geraint Howells, op. cit., p. 297, ao afirmar: “‘Clean’ tobacco whose safety is not misrepresented continues to be secure from challenge”.

80. Ver *WHO Report on the Global Tobacco Epidemic, 2011. Warning about the Dangers of Tobacco*, Genebra, 2011, cit.

81. Aprovada, em Portugal, pelo Dec. 25-A/2005, de 18 de novembro. Veja-se o estado das ratificações da Convenção em [www.who.int/fctc/signatories_parties/en/index.html].

82. Cf. supra, n. 5.

83. Ver “La Seita, le droit et l’infantilisme”, *La vie judiciaire*, 19.01.1997. p. 2.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- A responsabilidade civil das empresas fabricantes de cigarros, de Guilherme Ferreira da Cruz – *RDC 47/67* (DTR\2003\825);
- As ações sobre tabaco nos Estados Unidos e no Brasil: uma análise comparativa, de Luiz Guilherme Migliora et al – *RT 862/34* (DTR\2007\911); e
- O argumento da culpa da vítima como excludente da responsabilidade civil da indústria do cigarro: proposta de reflexão, de Fernanda Nunes Barbosa e Mônica Andreis – *RDC 82/61* (DTR\2012\2770).