
www.carlosperinfilho.net

CPF nº 111.763.588-04

**STJ nega pedido de família por morte de fumante!
E Vocês Cidadanias?**

O jornal **Folha de S. Paulo** de 28.4.2010, p. C-4 informa que
“**STJ nega pedido de indenização a família por morte de fumante**”.

Tal notícia fez este Cidadão lembrar do que escrevi no século
passado para Vocês Cidadanias, e que segue republicado nesta ocasião em uma das
primeiras edições. Daquele texto destaco o seguinte parágrafo:

“(....)

A prova estatística é adequada para defesa dos interesses
difusos dos consumidores, da União Federal, do Distrito Federal,
dos Estados, dos Municípios e das empresas públicas e privadas
que tratam das doenças relacionadas à epidemia tabágica. A
prova laboratorial, via mapeamento genético e exames
específicos para cada doença e cada paciente é a adequada para
defesa de interesses individuais em juízo.

(....)”

Após a (re)leitura Vocês Cidadanias podem lembrar e/ou entender
melhor as diferenças entre processos coletivos e processos individuais, notadamente
quanto a prova do direito alegado em cada qual. É basicamente uma questão processual,
de direito infra constitucional, derivada do constitucional direito de defesa.

Processualmente,

Carlos Perin Filho
OAB-SP 109.649

Tabagismo e o Direito

Carlos Perin Filho

Advogado

OAB-SP 109.649

Tabagismo e o Direito
Tobacco and Law
Tabaquismo y el Derecho
atualização em tempo real

© Carlos Perin Filho, 1997

Rua Augusto Perroni, 537 São Paulo, SP 05539-020
Telefone/Fax 55(011) 814-7837 • Cel 55(011) 99-440550
home page <http://www.kreanto.com.br/net/perinfilho>
e-mail cperinf@mandic.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal, cf. Leis 6.895, de 17.12.80 e 8.635, de 16.3.93) com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (Arts. 122, 123, 124, 126, da Lei 5.988/73, Lei dos Direitos Autorais).

O Autor expressamente permite a juntada deste trabalho - no seu original - em casos judiciais relativos à matéria, como material de instrução genérica.

Cada exemplar é numerado e assinado pelo Autor.

Exemplar Número 001 da Edição n.º 002

Assinatura do Autor _____
Carlos Perin Filho

Agradecimentos

Agradeço a todos que ontem apoiaram, hoje colaboram e amanhã contribuirão, por comentários, críticas e sugestões, a esta realização.

Índice Analítico

Introdução	4
Capítulo I	
Os Avanços da Ciência	5
I. a. Noções Gerais	5
I. b. Nicotina - Defeito que Gera Dano Moral	8
I. c. Hidrocarbonetos Cíclicos Aromáticos - Defeito que Gera Danos Materiais	9
I. d. Tradução Jurídica Preliminar dos Avanços da Ciência	12
Capítulo II	
O Tabagismo e o Direito no Mundo	17
II. a. Considerações Gerais	17
II. b. Efeitos Globais do Consumo do Produto Defeituoso	19
II. c. Efeitos nos Estados Unidos da América	25
Capítulo III	
O Tabagismo e o Direito no Brasil	35
III. a. Garantias Constitucionais	35
III. b. Da Indenização Por Danos Materiais e Morais, aos Fumantes Ativos e Passivos	36
III. c. Dos Danos Materiais e Morais da União Federal,	

Estados Membros, Distrito Federal e Municípios	46
III. d. Dos Danos Materiais das Pessoas Jurídicas Públicas e Privadas, Com ou Sem Fins Lucrativos, Decorrentes do Tabagismo	48
Capítulo IV	
O Tabaco Brasileiro	49
IV. a. Considerações Gerais	49
IV. b. Considerações Específicas	50
IV. c. Fabricantes dos Produtos com Defeitos	51
Conclusões	54
Anexo Legal	55
Referências (n.º)	64

Introdução

E

ste trabalho, fruto da coleta e análise da legislação brasileira, direito comparado, estudos científicos específicos e noticiário nacional e internacional, destina-se aos profissionais com interesse na área.

Serve

como uma ferramenta a mais para compreensão de um fenômeno social que já é um desafio jurídico para Advogados(as) e Juizes(as) em diversos países desenvolvidos, como nos Estados Unidos e Inglaterra e promete ser um desafio jurídico também aqui no Brasil.

Ainda, a editoração eletrônica e encadernação específicas visam facilitar sua utilização em processos judiciais, para instrução dos feitos.

A atualização desta obra em tempo real visa adaptá-la aos avanços do fenômeno tanto do ponto de vista jurídico quanto científico, ambos muito dinâmicos atualmente.

Espero ter facilitado o trabalho material e intelectual dos colegas administradores da Justiça com mais esta “munição” para a qual promete ser a “batalha” judicial do século também aqui no Brasil.

Sinceramente,

O Autor.

Capítulo I

Os Avanços da Ciência

I.a. Noções Gerais.

Os conceitos científicos a seguir trabalhados, pela importância jurídica que revelam, exigem noções básicas de ciências biológicas, razão pela qual exporei alguns conceitos para, a seguir, analisar e compreender os trabalhos científicos, bem como tecer as considerações jurídicas. Aconselho o(a) colega aprofundar estudos nessas áreas das ciências biológicas, com textos específicos de profissionais (1).

Do microscópio ótico, desde 1665 com o cientista Robert Hooke, passando para o microscópio eletrônico, em 1950 com o cientista Brachet, adentrando na cristalografia por raios X, em 1962, com Francis H. C. Krick, para chegarmos às modernas técnicas de mapeamento genético descobertas nos últimos anos, o estudo das células, componentes básicos da vida, ou citologia, bem como a disposição física da matéria dentro dos genes, ou biologia molecular, passaram por uma grande revolução, com grande efeito para a vida humana e, conseqüentemente, para as ciências jurídicas.

A matéria é formada por átomos, sua unidade básica. Tais átomos se combinam em reações químicas, formando cadeias carbônicas, quando contém átomos de carbono, ou diferentes outras substâncias químicas.

Por sua vez, todo organismo vivo é dotado de células, que agrupadas formam os tecidos. Os tecidos, por sua vez agrupados, formam os órgãos que, dadas as funções complementares, formam os sistemas. As células, unidades básicas da vida, são compostas de membrana, plasma e núcleo.

Dentro do núcleo encontramos estruturas diversas, como o nucléolo e a cromatina, com os comossomos. Com o microscópio eletrônico podemos ver outros componentes

celulares do citoplasma, como o complexo de golgi, retículo endoplasmático, as mitocôndrias, os componentes cromossômicos centrossomos e isossomos, as membranas, etc.

O componente celular de grande importância jurídica é a cromatina, com os cromossomos e genes, no núcleo celular. Cada cromossomo possui de algumas centenas a alguns milhares de genes.

Nos cromossomos encontramos o DNA, ou ácido desoxirribonucléico, responsável pela transmissão dos caracteres de uma célula para outra ou, em outras palavras mais conhecidas no mundo jurídico, o “autor intelectual” de como vai ser a nova célula, quanto ao seu conteúdo (genótipo) e em sua aparência (fenótipo). Os caracteres do DNA são passados de geração para geração, e executados pelo RNA, ou ácido ribonucléico, outro componente celular importante, ou “autor material” da transferência, criando as proteínas, que dão forma à vida (fenótipo).

O DNA não é um ilustre desconhecido para nós profissionais do direito. Pelo contrário, ele é utilizado, e muito respeitado, como prova judicial nos exames de identificação de paternidade. Ele é composto de dois filamentos com ligações internas, como se fosse uma escada flexível e torcida, em forma de hélice. No meio dessa escada, como se fossem seus degraus, encontramos os nucleotídeos (bases nitrogenadas). Os nucleotídeos são combinações das seguintes bases nitrogenadas: a adenina (A), a timina (T), a citosina (C) e a guanina (G). Elas se combinam em pares, a guanina com a citosina e a timina com a adenina. Um exemplo de combinação das bases: AAGCTACTC formando um lado da “escada” e TTCGATGAG, formando o outro lado.

Em um exercício de comparação ilustrativo, porém indevido em razão das diferentes naturezas, ao compararmos os códigos das ciências naturais (SER) com os códigos das ciências humanas (DEVER SER), diríamos que o código genético é o mais uniforme de todos os códigos do mundo, em qualquer tempo e em qualquer espaço, não variando, como os códigos civis, penais, processuais, constituições, de civilização para civilização, em cada região, em cada época.

Para dar tudo certo na transcrição daquele código genético em outro DNA (garantindo a continuidade da espécie) ou na duplicação da célula, as bases nitrogenadas devem se juntar daquela maneira, caso contrário sairão em combinação diversa do estabelecido no código, dando origem não a células normais mas sim a células mutantes. Da diversidade

resultante podemos ter a evolução da espécie em estudo, com a melhora de suas células, tecidos e órgãos, ou a formação de tumores e deformações.

Ainda, cada arranjo, ou combinação de três bases nitrogenadas no RNA, recebe o nome de códon. No estudo científico a seguir descrito o mapeamento genético alcançou, com as novas técnicas disponíveis de mapeamento genético dos nucleotídeos, a profundidade desse arranjo ou combinação: as posições 157, 248 e 273 da guanina (que deve se combinar com a citosina) no códon do gene humano *P53*. Este gene é muito importante, como veremos mais adiante.

Saindo das considerações de atomística, citologia e biologia molecular para alcançarmos conceitos pertencentes à neurologia, psicobiologia, neurocirurgia, e psiquiatria.

Os tecidos que formam o cérebro humano e respectivas funções, no conjunto do sistema nervoso, constituem uma massa de aproximadamente 1.250 gramas. Esses tecidos são constituídos por células especialíssimas, denominadas neurônios (aproximadamente 23 bilhões no masculino e 19 bilhões no feminino) que, mediante reações químicas, trocam impulsos nervosos através das sinapses. Esses impulsos podem ser aumentados ou diminuídos, conforme a ativação ou inibição do metabolismo dos neurônios, por substâncias químicas ou estimulação foto-elétrica do cérebro.

Em termos simplificados o cérebro é dividido em hemisférios - regra geral o hemisfério esquerdo do cérebro controla os movimentos do lado direito do corpo e o hemisfério direito do cérebro controla os movimentos do lado esquerdo do corpo - e regiões ou partes, com as seguintes funções: lobo frontal, responsável pela movimentação do corpo, lobo parietal, responsável pelos sentidos, lobo temporal, responsável pela audição e lobo occipital, responsável pela visão.

Casos recentes relatados na imprensa internacional dão conta da possibilidade de alteração daquelas funções tradicionalmente locadas para outras regiões do cérebro, quando a região original é suprimida por acidente ou neurocirurgia.

O neocórtex, membrana externa e o mais evoluído dos tecidos cerebrais, atingiu seu desenvolvimento máximo nos primatas, especificamente nos humanos. Assim, como sinal característico, a espécie humana adicionou, ao longo de sua evolução psicobiológica, às funções anteriormente referidas e respectivas localizações, também a função

comportamental, com o reconhecimento e a expressão de emoções e aprimoramento do comportamento sexual.

Logicamente aquelas partes trabalham de forma interligada, em tecidos e estruturas intermediárias. Assim, ao ouvir uma música, cheirar um perfume ou contemplar uma escultura, o cérebro decodificará emoções relacionadas àquelas percepções sonoras, olfativas e visuais de uma maneira peculiar e em uma região específica no cérebro. A nicotina, substância a seguir estudada em seus efeitos neurológicos, atua em uma região cerebral responsável pelas sensações e emoções, denominada concha do núcleo acúmbens, ou *shell of the nucleus accumbens*.

Das ciências biológicas às ciências jurídicas, do mundo orgânico - ou ser - do laboratório ao mundo jurídico - ser e dever ser - do tribunal, os fatos são sempre os mesmos, o que muda é o valor que lhes atribuímos. Assim, o direito pode ser entendido como um conjunto de normas que atribuem valores aos fatos da vida (teoria tridimensional do direito). Para exemplificar temos a norma penal que diz ser crime matar alguém. O valor contido na norma é a proteção ao fato de alguém estar vivo.

Logicamente a norma abstratamente considerada não impede o crime mas, em este ocorrendo, prevê a sanção ou pena, que é a prisão do infrator. Ainda, se a conduta for em legítima defesa a valoração fática é alterada, exclui-se a culpabilidade.

Transferindo esse raciocínio para o tabaco, os recentes descobrimentos científicos relativos a nicotina e aos hidrocarbonetos cíclicos aromáticos contidos no produto alteram o entendimento anterior, quanto aos danos causados à saúde dos fumantes, psicológica e organicamente. A valoração do fato foi alterada, gerando novo entendimento jurídico que lhe é contrário.

A caracterização de uma substância química como geradora de dependência obedece à um critério científico específico. Para efeitos deste trabalho utilizei o U.S. Surgeon General's Report, 1988, que fixa como critérios primários o uso compulsivo da substância, os seus efeitos psicoativos, o comportamento de auto-dosagem, bem como secundariamente o ritual de uso da substância, sua utilização não obstante os danos que provoca (negativa da dependência por parte do usuário, subjetiva e coletivamente), a crise de abstinência, a tolerância, a dependência física propriamente dita e os efeitos eufóricos provocados.

A

nicotina atende aos critérios referidos. Os fumantes utilizam o cigarro para auto-dosagem de nicotina, em utilização ritualizada de abrir o maço de cigarros, manipular com destreza o cigarro entre os dedos, acender e tragar em momentos específicos, etc., não obstante saber estar causando um mal à própria saúde, em uma clara situação de dependência da substância.

Ainda, conforme estudo publicado em 23/10/1997 no “The New England Journal of Medicine”, os fumantes são mais propensos a ter manifestações de depressão que os não fumantes, existindo evidências no sentido da nicotina atuar como um antidepressivo. O problema é que, ao administrar nicotina pelo consumo de tabaco, o fumante está não apenas se automedicando para depressão, de forma não prescrita por um especialista, no caso um psiquiatra que indicaria um antidepressivo adequado ao caso específico, mas também está se tornando ou mantendo uma dependência em relação àquela droga, bem como consumindo muitas outras substâncias tóxicas, que podem causar muitas doenças, como mais adiante será tratado.

I. b. Nicotina - Defeito que Gera Dano Moral

Os cientistas Francesco E. Pontieri, Gianluigi Tanda, Francesco Orzi e Gaetano Di Chiara, no trabalho “Effects of nicotine on the nucleus accumbens and similarity to those of addictive drugs” (Efeitos da nicotina no *nucleus accumbens* e similaridade com drogas que viciam), (2), apreciaram aquela caracterização da nicotina como substância geradora de dependência da seguinte forma:

The question of whether nicotine, the neuroactive compound of tobacco, is addictive has been open to considerable scientific and public discussion. Although it can serve as a positive reinforcer in several animal species, including man, nicotine is thought to be a weak reinforcer in comparison with addictive drugs such as cocaine and heroin, and has been argued to be habit forming but not addictive. Here we report that intravenous nicotine in the rat, at doses known to maintain self-administration, stimulates local energy metabolism, as measured by 2-deoxyglucose autoradiography, and dopamine transmission, as estimated by brain microdialysis, in the shell of the nucleus accumbens. These neurochemical and metabolic effects are qualitatively similar to those of other drugs, such as cocaine, amphetamine and morphine, which have strong addictive properties. Our results provide

functional and neurochemical evidence that there are specific neurobiological commonalities between nicotine and addictive drugs.

A questão sobre se a nicotina, componente neuroativo do tabaco, é gerador de dependência ou não tem sido objeto de considerável discussão científica e pública. Embora ela possa servir como um reforço positivo do hábito em diversas espécies animais, inclusive no homem, a nicotina era tida como reforço fraco, em comparação com drogas geradoras de dependência, tais como a cocaína e a heroína, e tem sido muito alegado ser a nicotina mera formadora de hábito mas não geradora de dependência. Observamos que a nicotina administrada de forma intravenosa em ratos, em doses que são capazes de serem auto-administradas, estimula o metabolismo energético local, que pode ser medido por auto-radiografia 2-dioxiglucose, e transmissão de dopamina, conforme estimada pela microdiálise cerebral, na concha do núcleo acúmbens. Estes efeitos neuroquímicos e metabólicos são qualitativamente similares àqueles de outras drogas, como cocaína, anfetamina e morfina, que têm fortes propriedades geradoras de dependência. Nossos resultados nos dão provas funcionais e neuroquímicas que existem especificidades neurobiológicas comuns entre a nicotina e drogas geradoras de dependência.

O Professor José Rosemberg, em trabalho que me foi gentilmente presenteado (3), ensina ainda que:

É tão importante o papel da nicotina no desenvolvimento do processo do tabagismo que a Associação Americana de Psiquiatria no manual de diagnóstico de doenças mentais substituiu a palavra tabaco por nicotina. O Nacional Institute on Drug Abuse dos Estados Unidos, considera o processo do tabagismo como uma forma de dependência da nicotina.

...

O processo de ação da nicotina sobre o sistema nervoso e a dependência física que gera, é similar ao da cocaína e heroína. Contudo ela age mais rapidamente e com maior continuidade.

Após uma tragada, a nicotina chega ao cérebro em 7 a 19 segundos (geralmente em 9 segundos). Os indivíduos que fumam 20 cigarros por dia (1 maço) tragando em média 10 vezes cada cigarro, realizam 200 tragadas, sofrendo o cérebro 200 impactos cerebrais de nicotina, totalizando 73.000 por ano; essa ação massificante não ocorre com as outras drogas.” (pg. 5)

I. c. Hidrocarbonetos Cíclicos Aromáticos - Defeito que Gera Danos Materiais

Quanto aos hidrocarbonetos cíclicos aromáticos, durante décadas os médicos observaram estatísticas que indicavam o fumo como causador de doenças. A confirmação daquelas estatísticas, mediante técnicas de mapeamento genético agora disponíveis, como citado, ocorreu há poucos meses. Os cientistas Mikhail F. Denissenko, Annie Pao, Moon-shong Tang e Gerd P. Pfeifer, no trabalho “Preferential Formation of Benzo(a)pyrene Adducts at Lung Cancer Mutational Hotspots in P53” (Formação preferencial de concentrações de benzo[a]pireno em pontos mutacionais do gene P53 no câncer de pulmão), (4), concluem que:

Cigarette smoke carcinogens such as benzo[a]pyrene are implicated in the development of lung cancer. The distribution of benzo[a]pyrene diol epoxide (BPDE) adducts along exons of the *P53* gene in BPDE-treated HeLa cells and bronchial epithelial cells was mapped at nucleotide resolution. Strong and selective adduct formation occurred at guanine positions in codons 157, 248, and 273. These same positions are the major mutational hotspots in human lung cancers. Thus, targeted adduct formation rather than phenotypic selection appears to shape the *P53* mutational spectrum in lung cancer. These results provide a direct etiological link between a defined chemical carcinogen and human cancer.

Cancerígenos da fumaça do cigarro, tais como o benzo[a]pireno, participam no desenvolvimento do câncer do pulmão. A distribuição de cadeias de benzo[a]pireno di epóxido (BPDE) ao longo dos exons do gene *P53* em células HeLa tratadas com BPDE e células bronco epiteliais foi mapeada em resolução nucleotídica. Ocorreu forte e seletiva formação de agrupamentos nas posições da guanina nos códons 157, 248 e 273. Estas mesmas posições são os principais pontos mutacionais no câncer humano de pulmão. Portanto, a formação de agrupamentos observada, mais do que uma seleção fenotípica,

parece formar o espectrum mutacional do *P53* em câncer do pulmão. Estes resultados proporcionam uma ligação etiológica direta entre um cancerígeno químico definido e o câncer humano.

Tais descobertas foram aprofundadas recentemente no estudo “Cytosine methylation determines hot spots of DNA damage in the human *P53* gene” (A metilação da citosina determina pontos mutagênicos no DNA do gene humano *P53*) pelos cientistas Mikhail F. Denissenko, James X. Chen, Moon-shong Tang e Gerd P. Pfeifer (5), que me foi gentilmente enviado pelo cientista Mikhail F. Denissenko:

“In the *P53* tumor suppressor gene, a remarkably large number of somatic mutations are found at methylated CpG dinucleotides. We have previously mapped the distribution of (+-) anti-7 β , 8 α -dihydroxy-9 α ,10 α -epoxy-7,8,9,10-tetrahydrobenzo[*a*]pyrene (BPDE) adducts along the human *P53* gene [Denissenko, M. F., Pao, A., Tang, M.-s. & Pfeifer, G. P. (1996) *Science* 274, 430-432]. Strong and selective formation of adducts occurred at guanines in CpG sequences of codons 157, 248, and 273, which are the major mutational hot spots in lung cancer. Chromatin structure was not involved in preferential modification of these sites by BPDE. To investigate other possible mechanisms underlying the selectivity of BPDE binding, we have mapped the adducts in plasmid DNA containing genomic *P53* sequences. The adduct profile obtained was different from that in genomic DNA. However, when cytosines at CpG sequences were converted to 5-methylcytosines by the CpG-specific methylase SssI and the DNA was subsequently treated with BPDE, adduct hot spots were created which were similar to those seen in genomic DNA where all CpGs are methylated. A strong positive effect of 5-methylcytosine on BPDE adduct formation at CpG sites was also documented with sequences of the *PGKI* gene derived from an active or inactive human X chromosome and having differential methylation patterns. These results show that methylated CpG dinucleotides, in addition to being an endogenous promutagenic factor, may represent a preferential target for exogenous chemical carcinogens. The data open new avenues concerning the reasons that the majority of mutational hot spots in human genes are at CpGs.”

No gene supressor de tumor *P53*, um grande número de mutações somáticas foram encontradas nos dinucleotídeos CpG metilados. Havíamos

anteriormente mapeado a distribuição da cadeia (+-) anti-7 β , 8 α -dihidroxi-9 α , 10 α -epoxi-7,8,9,10-tetrahidrobenzo[a]pireno (BPDE) no gene humano *P53* [Denissenko, M. F., Pao, A., Tang, M.-s. & Pfeifer, G. P. (1996) *Science* 274, 430-432]. Fortes e seletivas formações de cadeias ocorreram nas guaninas de sequências de CpG nos códons 157, 248, e 273, que são os principais pontos mutacionais no câncer de pulmão. A estrutura da cromatina não foi afetada na modificação preferencial daqueles locais pela BPDE. Para investigar outros possíveis mecanismos subjacentes a seletividade da aglutinação do BPDE, mapeamos as cadeias no DNA de plasmídeo contendo sequências genômicas do *P53*. O perfil de cadeia obtido foi diferente daquele do DNA genômico. Entretanto, quando as citosinas das sequências CpG foram convertidas para 5-metilcitosinas pelo método específico de CpG metilase SssI e o DNA foi sub-sequentemente tratado com BPDE, foram criadas áreas com maior probabilidade de mutação semelhantes àquelas vistas no DNA genômico nos quais todas as CpGs são metiladas. Um forte efeito positivo da 5-metilcitosina na formação de cadeia de BPDE nas posições CpG foi também documentado, observando-se sequências do gene *PGK1* derivado do cromossomo humano X, ativo ou não, tendo diferentes padrões de metilação. Estes resultados mostram que nucleotídeos CpG metilados, além de serem fatores pró-mutagênicos endógenos, podem representar um alvo preferencial para cancerígenos químicos exógenos. Estes dados abrem novos caminhos para explicar de por que a maioria dos pontos mutacionais nos genes humanos estão nos CpGs.

Em outras palavras, o fumo contém um produto orgânico denominado benzo[a]pireno. Quando inalado junto com a fumaça do cigarro, tal produto reage com o ar, especialmente o oxigênio, formando um outro produto orgânico, mais complexo, denominado benzo[a]pireno di epóxido (BPDE).

O BPDE, por sua vez, liga-se às guaninas correspondentes aos códons 157, 248 e 273, do agrupamento gene denominado *P53*, encarregado de conter ou corrigir a reprodução de células humanas com tendências a replicação fora do código genético.

Uma vez concentrado o BPDE naquelas posições, a guanina do *P53*, ao invés de se combinar com a citosina, passa a se combinar com a timina, alterando a função do *P53*, de contenção das tendências reprodutivas desordenadas de outras células, possibilitando

o desenvolvimento do câncer de pulmão, cuja característica mutagênica específica pode ser a alteração na combinação dos nucleotídeos na posição 157 referida.

O *P53* é muito importante para o organismo humano, pois funciona não apenas na replicação normal das células mas também como um sofisticado anti-corpo, suprimindo tendências replicantes ilegais ao código genético, internas do próprio organismo.

Em termos de alegoria, para facilitar o entendimento, podemos comparar o *P53* com os serviços secretos de informação para defesa de uma nação, continente ou planeta. Enquanto não forem afetados por espionagem ou contra informação trabalharão a favor daqueles propósitos. A partir do momento em que for infiltrado um espião ou uma contra informação, interrompem suas atividades normais, deixando que se reproduzam informações contrárias ao ordenamento. O benzo[a]pireno é o espião que, após receber as credenciais da nação, ou organismo humano, transforma-se em benzo[a]pireno di epóxido (BPDE), ou agente da contra-informação, possibilitando a alteração de arquivos, registros e códigos!

Se e quando o *P53* perder seu poder de atuação, aquelas tendências podem proliferar, gerando vários tipos de câncer, por todo corpo, como pulmão, boca e faringe, laringe, esôfago, bexiga, pâncreas, fígado, rim, útero, próstata, etc.

Outros estudos científicos semelhantes estão ocorrendo em diversos centros de pesquisa de biologia molecular, em diversos países (6). Dada a precisão do código genético, é possível distinguir padrões de mutação genética próprios para cada fator mutagênico, como substâncias do fumo, gás de mostarda, asbestos, herança genética, radiação, etc., o que dá credibilidade jurídica absoluta para tal prova, mesmo quando o consumidor vítima tenha, além de fumado, sido exposto à outros elementos que podem ter contribuído para a ocorrência da doença em estudo, como álcool, asbestos, radiação, etc! Em outras palavras, é possível provar, via mapeamento genético, se não a responsabilidade exclusiva do produto com defeito na causa do dano alegado, a culpa concorrente do mesmo.

I. d. Tradução Jurídica Preliminar dos Avanços da Ciência

A

as ciências biológicas consideram os efeitos da nicotina contida no fumo neuroquímica e funcionalmente comparáveis àqueles gerados por drogas geradoras de dependência, e o

hidrocarboneto cíclico aromático também nele contido causador mediato de vários cânceres, notadamente do pulmão. A tradução jurídica preliminar é no sentido de ser o cigarro e derivados do tabaco um produto com defeito - nicotina - que gera um dano moral (alteração volitiva) e - hidrocarboneto cíclico aromático, entre centenas de outras substâncias e elementos químicos prejudiciais à saúde do consumidor - que geram um dano material (alteração genética e orgânica). O tema será aprofundado no cap. III. b. .

Tais considerações são muito importantes do ponto de vista jurídico, alteram a valoração do fato ao estabelecer um nexo causal entre o consumo de um produto e um dano à saúde do consumidor. Ainda, indicam que é possível medir, com relativa precisão, mediante exames laboratoriais e clínicos, a extensão das mutações e degradações causadas às células humanas, bem como o grau de dependência química e/ou psíquica causados, respectivamente, pelos hidrocarbonetos cíclicos aromáticos e nicotina contidos no cigarro.

Os estudos indicam ainda que pessoas não fumantes que inspirem a fumaça do cigarro estão sujeitas a diferentes doses daquelas substâncias nocivas, conforme a proximidade com a pessoa fumante e período de exposição. Tal reconhecimento científico também é relevante para os efeitos jurídicos pois, caracterizada a existência de dano ao não fumante gerado pelo fumo alheio, surge também o dever de indenizar. O mesmo raciocínio vale para o embrião ou feto humano de gestantes fumantes.

Ainda, desde 1964 já se sabe da existência de outras substâncias cancerígenas no fumo, como o cádmium e o DDT (7).

Recentemente a indústria de fumo americana The Liggett Group, que produz e licencia o cigarro L&M, revelou outros componentes do tabaco, como arsênico e polônio-210, um elemento químico radioativo que tem uma meia-vida de 20 anos.

O inalar ou mascar fumo, ou *smokeless tobacco*, prática comum no interior brasileiro, entre pessoas idosas, e nos Estados Unidos, entre um milhão de jovens, com gomas de mascar (Copenhagen e Skoal são duas marcas famosas produzidas pela United States Tobacco Inc., nos EUA), sob influência dos atléticos jogadores de baseball, é associado cientificamente a diversos tipos de câncer relacionados à boca, garganta, dentes, glândulas salivares, órgãos e tecidos próximos, em decorrência da nitrosamina contida no tabaco (1986 Report of the Advisory Committee to the Surgeon General - 1986).

Outro órgão muito afetado pelo fumo é o coração. Responsável pelo bombeamento de sangue para todo o organismo, recebe as toxinas contidas no tabaco, sofrendo perda de rendimento, redução de sua vida útil, por arritmias e até paradas. A ação do fumo sobre o sistema cardiocirculatório se dá principalmente pela nicotina e pelo monóxido de carbono, com a aceleração do ritmo cardíaco, vasoconstrição e elevação da tensão arterial. O monóxido de carbono combinado com a hemoglobina do sangue forma a carboxihemoglobina, gerando perda de oxigenação dos tecidos e do miocárdio, favorecendo o endurecimento das artérias (8).

O cérebro humano, sob efeito da nicotina, responde de maneira diversa do cérebro não sujeito à droga. Tal alteração expressa o estado de dependência, que pode ser apenas química ou também psicológica, com comportamento de auto dopagem semelhante à verificada nas cobaias de laboratório citadas no experimento científico anterior. Tais danos, existência e extensão, são avaliáveis por profissionais da área médica e psicológica, por exames laboratoriais e laudo de avaliação específicos.

Vale lembrar que psicologicamente o ser humano procura se drogar em compensação às fraquezas de personalidade pré existentes à dependência, sendo imprescindível a combinação do tratamento médico para desintoxicação e cura da dependência química à psicoterapia para descoberta e tratamento daquelas fraquezas psicológicas, sob pena de recidiva (9).

Nesse segmento podemos notar que a grande diferença no efeito comportamental do usuário de nicotina, cocaína e a anfetamina, drogas comparadas no estudo científico citado, é que a nicotina não provoca comportamento anti social, como agressividade e não reconhecimento dos valores coletivos, como as demais. Pelo contrário, proporciona maior sociabilidade ao seu usuário. (10)

Esta é a razão básica pela qual foi e ainda é aceita em muitas sociedades o tabagismo: não efeta o tecido social de forma visível, sangrenta e trágica, levando seu usuário até mesmo a prática de crimes, como os drogados com substâncias consideradas “pesadas”. O usuário de nicotina é um ser humano como outro qualquer, com o detalhe psicológico de ser a ela habituado para compensação de angústias, frustrações, ansiedades, e conquistar, pelo acender e tragar, o estilo de vida exibido maravilhosamente bem na mídia. Aliás não é mera coincidência que uma marca de cigarros muito vendida pela Souza Cruz S/A no Brasil tenha o nome de “livre” ou FREE.

Obter prazer, aliviar a ira, angústias, frustrações, ansiedades e depressões. Estes parecem ser alguns dos objetivos dos fumantes no ato de fumar. Se o tabaco for de menor concentração de nicotina a tendência natural é consumir mais cigarros, até obter a concentração necessária para a ativação metabólica da área do cérebro responsável pelo prazer, em comportamento semelhante ao observado pelos cientistas com os ratos de laboratório (2).

Infelizmente os efeitos desses elementos químicos, radioativos, e substâncias mutagênicas diversas no organismo e no comportamento de parte dos trinta milhões e seiscentos mil fumantes brasileiros não são ou serão vistos como nos comerciais de fumo que acostumamos a apreciar pela televisão, jornais e revistas, com carros potentes, lanchas, aviões, homens e mulheres saudáveis e sensuais, num ambiente paradisíaco, mas sim serão tratados nos hospitais, clínicas de psiquiatria, consultórios psicológicos, escritórios de advocacia e tribunais, segundo cada tragédia pessoal, ao longo das próximas décadas, pois os diversos tipos de canceres causados pelo tabaco demoram algo entre vinte a trinta anos para manifestação, significando a necessidade de todo fumante, mesmo aqueles que deixam de fumar, periodicamente fazer exames para diagnóstico e, em sendo positivo o resultado, iniciar adequado tratamento.

Em termos estatísticos, segundo o Instituto Nacional do Câncer (11), cerca de 100.000 brasileiros morrem por ano em decorrência do tabagismo. O número por si só já representa uma tragédia nacional, sem pensarmos na cifra de 50.000 mortos anuais de acidentes de automóveis, que passamos vários anos sofrendo aqui no Brasil, e multiplicarmos por dois. A diferença é que nos acidentes de automóveis as mortes são visíveis a todos, bastando dirigir pelas estradas e ruas brasileiras para observação e choque.

No tabagismo as mortes não são impressionantes como aqueles acidentes horrendos, pois o choque fica restrito à família e amigos das vítimas. No tabagismo as mortes não são instantâneas, ou na mesa de cirurgias, ou ainda após alguns dias na unidade de terapia intensiva ou outro departamento de algum hospital, como muitas das decorrentes de acidentes automobilísticos, por traumatismo craniano, torácico, fraturas generalizadas, ou outras lesões destruidoras externas do corpo humano com comprometimento das funções vitais. No tabagismo as mortes são lentas, muito lentas, pois começam de maneira inversa das causadas por acidentes automobilísticos: de dentro para fora e não de fora para dentro, da mutação genética para a degeneração das células,

dos tecidos e dos órgãos, com o gradativo comprometimento, ao longo de anos e décadas, das funções vitais.

A morte por acidente de trânsito muitas vezes gera ampla cobertura de televisão, rádios e jornais das manifestações para construção de passarelas e colocação de semáforos. Gera também movimentação do Congresso Nacional para alteração de legislação com aumento de penas, varas especiais para conhecimento e julgamento de acidentes de trânsito e até um novo Código Nacional de Trânsito (Lei n.º 9.053/97).

A morte por tabagismo, não obstante ser em termos práticos o dobro daquela em nosso país, não choca e não gera movimentos populares ou de seus representantes para reação, como observamos ocorrer há muito tempo nos países desenvolvidos.

Tal fato confirma o ditado popular brasileiro que diz *o que os olhos não vêem o coração não sente*. Notamos apenas quando observamos um paciente cardíaco deprimido (e, muitas vezes, ainda com mais vontade de fumar), um(a) paciente de câncer, sob tratamento quimioterápico, radioterápico, ou outro, dentro dos hospitais, pálido(a), sem vontade de viver, ou, pior ainda, quando temos um(a) parente ou amigo(a) que venha, infelizmente, a falecer de algum tipo de câncer, como câncer do pulmão, esôfago, laringe, fígado, pâncreas, cavidade oral ou estômago, entre as doenças cardíacas, e seja ouvida mais uma vez aquela conhecida frase:

...”... é, ele(a) fumava muito mesmo...”...

Nossos representantes parlamentares, infelizmente em sua maioria preocupada com os acontecimentos de curto prazo e na próxima eleição, estão impressionados com a ilusória receita tributária proporcionada pela produção e comercialização, interna e externa, do tabaco, dita e sobredita pelo *lobby* das indústrias.

A experiência norte americana com o *excise tax*, ou imposto sobre a produção e comercialização de fumo, não demonstrou os resultados esperados pelo Governo e pelas próprias organizações médicas e anti-tabagistas, gerando maiores gastos futuros com despesas médicas e contrabando que receita tributária. Prova maior desse fato são os recentes acordos entre indústrias e governos estaduais, tratados no próximo cap..

Os médicos brasileiros e de todo o mundo, profissionais que literalmente *vêem* os pacientes sofrendo os efeitos da tragédia, em seu labor diário, já estão mais que sensibilizados com a tragédia. E os administradores da justiça?

Nesse segmento, encaminhei ao Senado Federal brasileiro, por intermédio do Ilustre Senador Relator Esperidião Amin, petição defendendo a tese exposta no cap. III, no sentido que não seja aumentada a contribuição para financiamento da seguridade social (COFINS) para as indústrias de fumo de 2% para 20% pois tal aumento, do ponto de vista do Direito Tributário, é inconstitucional, pois fere o princípio da isonomia entre os contribuintes e confisca o patrimônio das indústrias, bem como não resolverá o problema de fundo, que é o defeito do produto oferecido ao consumo, a ser solucionado segundo as regras de Direito Constitucional, Civil, e do Consumidor.

Vale dizer ainda que os dados estatísticos proporcionados pelos estudos científicos ao longo de décadas são importantes quando utilizados na defesa em juízo de interesses difusos, como na ação civil pública e nas ações que podem e devem ser promovidas pela União Federal, Distrito Federal, Estados e Municípios, enquanto que a prova por mapeamento genético é a adequada quando utilizada na defesa em juízo de interesse individual, como na ação de rito ordinário para reparação de danos materiais e morais, pelos consumidores de fumo que se tornaram pacientes de enfermidades como o câncer de pulmão, entre muitos outros tipos de câncer causados pela epidemia tabágica.

Ainda, uma campanha de ações judiciais em defesa da saúde de fumantes ativos e passivos, bem como visando recuperar gastos públicos e privados no tratamento da epidemia tabágica, proporciona não só a reparação material e moral dos danos decorrentes do fumo, mas também uma mobilização dos meios de comunicação e da própria opinião pública sobre o problema (12), com um importante papel educativo das gerações futuras, bem como atuais consumidores do produto defeituoso.

Capítulo II

O tabagismo e o Direito no Mundo.

II. a. Considerações Gerais

O ato de fumar tem sido praticado desde há muito tempo pela espécie humana.

Inicialmente cultivado e usado pelas sociedades pré-colombianas nas Américas, para fins medicinais e espirituais, a *Nicotiana Tabacum*, ou fumo, foi levado à Europa por Cristóvão Colombo, quando de suas explorações neste continente. A divulgação maior do produto, entretanto, só ocorreu mais tarde, quando, em meados do século 16, exploradores e diplomatas, como France's Jean Nicot (do qual o nome nicotina origina), popularizaram seu uso.

Assim, o fumo passou a ser consumido na França em 1556, Portugal em 1558, Espanha em 1559 e Inglaterra em 1565.

Nos Estados Unidos o fumo começou a ser explorado comercialmente e com sucesso em 1612, no Estado da Virgínia, por um inglês chamado John Rolfe. Nos séculos seguintes as plantações de fumo americanas conquistaram mercados externos, utilizando mão de obra escrava.

Sem aprofundar nas origens históricas do fumo, notamos nas últimas décadas, pela expansão das indústrias e agressivo planejamento e execução publicitária, uma majoração do número de consumidores do produto, principalmente em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, entre jovens e mulheres, e entre as pessoas de menor grau de instrução e menor renda.

Existem atualmente no planeta algo em torno de 103 países produtores de fumo, sendo 74 deles exportadores. Produzem algo em torno de 7.239.280 toneladas de fumo ao ano (1995) e empregam em suas lavouras algo em torno de 33 milhões de pessoas (1995). As vendas totais de cigarros no mundo somaram U\$ 295,8 bilhões em 1996, com a comercialização de 5,5 bilhões de cigarros, ou 174.562 cigarros vendidos por segundo.

Os maiores produtores são, pela ordem, China (que também é o maior consumidor), Estados Unidos, e Brasil, e os maiores exportadores são, também pela ordem, Brasil, Estados Unidos e Itália, este em decorrência de condições específicas de preço e comércio exterior dentro da União Européia. Aliás a União Européia representa algo em torno de 44% das compras e vendas internacionais de tabaco, respondendo conjuntamente pelo maior valor de importações, com um consumo de cigarros de crescimento médio de 1% ao ano.

Os maiores produtores de fumo estão reunidos na Associação Internacional dos Produtores de Fumo - ITGA, localizada na Inglaterra, com caixa posta PO Box 125 - East Grinstead - West Sussex RH185FA - UK (13).

A Associação dos Fumicultores do Brasil - AFUBRA - é membro fundador da ITGA. Maiores considerações sobre a AFUBRA serão realizadas no cap. relativo ao tabaco brasileiro (14).

Saindo da análise dos países produtores e partindo para a industrialização da matéria-prima, mundialmente o mercado de fumo é controlado por grupos de empresas que atuam, no mais das vezes, não só no segmento de tabaco, mas também em serviços financeiros, seguros, alimentos, bebidas, imóveis, hotelaria, mineração, transportes, e participações acionárias diversas.

Outro dado jurídico no mínimo curioso, observado mundialmente, é a participação no capital e licenciamento de marcas próprias para outras empresas de outros grupos que, ao menos aparentemente, são ou deveriam ser suas concorrentes. Tal situação jurídica

peculiar levou a alegação, por parte de estados norte americanos, de formação de cartel e abuso do poder econômico, figura jurídica que no Brasil está positivada na Lei n.º 4.137/62.

As principais empresas multinacionais produtoras de cigarros são as seguintes:

- 1) Philip Morris Products, Inc. 120 Park Ave., New York, NY 10017, USA. É a maior companhia de tabaco, produzindo e licenciando a produção do cigarro mais vendido no mundo, Marlboro, entre outras marcas, como Virginia Slims. Uma curiosidade jurídica é que ela também licencia marcas de outros fabricantes, como Benson & Hedges 100's, da B.A.T. Industries Inc. para Philip Morris do Brasil S/A.
- 2) RJR Nabisco Corp. 1301 Av. of the Americas, New York, NY 10019, USA. É a segunda maior fabricante de produtos do fumo nos Estados Unidos da América, produzindo ou licenciando a produção dos cigarros Camel, Winston e Salem.
- 3) B.A.T. Industries Inc., Windsor House, 50 Victoria St. London SW1H ONL, UK. É a empresa controladora de muitas outras indústrias de fumo pelo mundo, produzindo e comercializando mais de 250 marcas em mais de 50 países. Nos Estados Unidos da América, da Brown and Williamson, na Alemanha, da BAT Cigarettenfabriken, no Brasil, da Souza Cruz S/A. Controla ainda a British American Tobacco, que produz cigarros em mais de quarenta e cinco países, para consumo local e exportação, nos mercados da Europa, Austrália, América Latina, Ásia e África. Ainda, está associada com a Imasco, no Canada, que por sua vez controla a Imperial Tobacco, atendendo aos fumantes canadenses. As marcas fabricadas mais conhecidas e vendidas Lucky Strike, Pall Mall, Kent, Kool, Benson & Hedges, Viceroy, Sobieski, Hollywood, Sopianae e State Express 555. Seus documentos confidenciais sobre pesquisas científicas do fumo, realizadas desde 1950, seus componentes e efeitos na saúde humana, baseiam o livro *The Cigarette Papers*, que será abordado no próximo cap..
- 4) Loews Corp. 667 Madison Ave., New York, NY 10021-8087, USA. Por meio de sua subsidiária integral Lorillard produz e licencia a produção dos cigarros de marcas Kent (mesmo da anterior!), Newport e True.

5) Brooke Group's Ltd., 100 SE Second St., 32 nd F1, Miami, FL 33131, USA. Atua por sua divisão Liggett no setor de tabaco. É a menor das cinco grandes empresas americanas de fumo, produzindo e licenciando a produção das marcas L&M, Chesterfield, Lark, Eve, Covington, Class A, Generic quality Brand, Pyramid e Jasmine Slims. É controlada por Mr. Bennett LeBow, proprietário de 57% da empresa (esta peculiaridade é muito importante e será abordada com profundidade no próximo cap.) e espécie de pária entre os empresários multinacionais do fumo, pois quebrou a união entre as empresas nos Estados Unidos, admitindo que os cigarros viciam e prejudicam a saúde. A atual estratégia empresarial do grupo é reforçar atuação no Oriente Médio, Ásia e Rússia, por meio de sua subsidiária Brooke Overseas Ltd.

A líder mundial na produção e comercialização de produtos de fumo destinados a inalar e mascar é a United States Tobacco, do grupo UST Inc., 100 W. Putnam Ave., Greenwich, CT 06830, USA, com as famosas marcas Copenhagen e Skoal, entre outras. Sua subsidiária integral UST International comercializa seus produtos fora dos EUA.

II. b. Efeitos Globais do Consumo do Produto Defeituoso

Saindo da análise das empresas produtoras e passando para análise dos efeitos do produto, estimativas e observações da Organização Mundial de Saúde disponíveis revelam:

- Mais de 60 milhões de pessoas morreram de decorrência do fumo, da década de cinquenta para cá, nos países desenvolvidos.
- Nas próximas três décadas, mantidas inalteradas as tendências de consumo, é esperada a morte de 10 milhões de pessoas por ano, em todo o mundo, em decorrência do fumo. Ainda, mantidas as tendências atuais, no ano 2020 morrerão 2 milhões de pessoas na Europa em decorrência do tabagismo.
- 70% das 10 milhões de mortes referidas ocorrerão em países em desenvolvimento.
- Tabagismo é uma epidemia mundial diferenciada das outras doenças epidêmicas pelo fato de contar com grupos econômicos fortíssimos que atuam em seu favor.

- Apenas pela ação individual e coletiva é possível mudar a história da saúde pública, em dimensão planetária.

Realmente os números são alarmantes. Um bilhão de fumantes no mundo todo, sendo 30,6 milhões aqui no Brasil. Não apenas os números são grandes, mas também os danos causados pelo consumo do tabaco, gerando o maior número de mortes por doenças cardiovasculares, como ataques cardíacos, e pulmonares, como o câncer.

Dada a gravidade da epidemia a Organização Mundial de Saúde instituiu o último dia do mês de maio como sendo o dia internacional contra o tabagismo (*World No-Tobacco Day*), objetivando alertar as pessoas para a epidemia e sua tendência devastadora.

Governos, indústrias, consumidores, profissionais da saúde e da justiça estão, em diversos países como Estados Unidos, Canadá e Inglaterra, estão debatendo e implementando legislações mais restritivas ou excludentes da publicidade de produtos do tabaco, bem como discutindo a responsabilidade pelos danos materiais e morais causados aos consumidores e ao poder público.

Os diversos aspectos médicos, jurídicos e econômicos do tabagismo a seguir relatados foram colhidos na imprensa nacional e estrangeira, bem como na internet e por correspondência por mim enviada a diversas autoridades médicas, jornalistas e advogados, em diferentes países.

Na *10th Annual World Conference on Tobacco or Health* (10ª Conferência Mundial Anual Sobre Tabaco ou Saúde) realizada em agosto de 1997 na cidade de Beijing, na China, delegados de diversos países, por Resolução, deliberaram que o acordo norte americano não deve servir para limitar a proteção de direitos em outros países. A Organização Mundial de Saúde, presente na Conferência, posicionou-se no sentido de avaliar a utilização das regras de Direito Internacional para proteção dos direitos dos fumantes em outros países, com um acordo internacional visando reduzir o contrabando e a publicidade de produtos do tabaco. Vale dizer que as deliberações da Conferência, expressadas por Resolução, não tem força jurídica, apenas valor enquanto manifestação internacional de especialistas na questão. A preocupação com o contrabando é uma questão de extrema importância, dada a globalização do mercado de fumo. Realmente, o contrabando de cigarros é muito grande em todo o mundo, como noticiado no jornal *The New York Times* de 25/07/1997. Segundo a matéria dos jornalistas Raymond Bonner e Christopher Drew, na última década o contrabando mundial do produto triplicou e

segundo pesquisas realizadas pela empresa londrina Market Tracking International Ltd. para publicações das próprias indústrias de fumo, 280 bilhões de um total de 1 trilhão de cigarros exportados por todos os países no período de um ano passam pelas mãos de contrabandistas, não pagando imposto algum e prejudicando seriamente toda e qualquer campanha que vise reduzir o consumo do produto entre os jovens que não tem idade legal para compra no mercado formal.

Aqui em São Paulo, p. ex., quando me dirijo para as reuniões do Instituto Brasileiro de Direito Tributário na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, nas manhãs de quinta-feira, é comum observar o comércio a céu aberto de cigarros por “sacoleiros” que vendem caixas de maços de cigarros para pessoas que param seus veículos rapidamente na Praça João Mendes e Praça da Sé para aquisição do produto defeituoso. Não obstante ter observado também a ação repressiva daquela prática por parte dos funcionários públicos municipais encarregados de administrar o comércio de rua no centro de São Paulo, o fato é que após a repressão o comércio se agita novamente, dando evidências de existir um grande mercado paralelo do produto nesta Capital e, muito provavelmente em todo o Brasil. Tal fato corrobora minha tese no sentido da solução jurídica adequada ao problema não ser do Direito Tributário, mas de Direito Constitucional, Civil e do Direito do Consumidor.

Na Grã Bretanha, país de sistema jurídico consuetudinário, ou *common law*, Imperial Tobacco Group PLC e Gallaher PLC, produtores de 80% dos cigarros vendidos, estão enfrentando um caso decisivo proposto por um grupo de 47 reclamantes, num esquema pouco usual na prática da advocacia naquele país, com anúncios nos jornais, incentivando portadores de câncer a acionar as indústrias e de prestação de serviços advocatícios remunerados sobre o êxito da demanda (15). A ação pode ser um marco não só dentro daquele país, mas pode servir para os demais países da Comunidade Econômica Européia. Ainda, o Parlamento Europeu está discutindo, sob forte pressão, normas que restringem a publicidade do tabaco em todo continente. Vale dizer que o litisconsórcio ativo, observando a experiência norte-americana das *class-actions*, tem grande peso político, porém é juridicamente limitado quanto à boa administração da justiça, dadas as grandes variações de danos possíveis em cada organismo humano, requerendo um procedimento de produção de provas e execução do julgado condenatório em indenizações não uniformes, mas muito variáveis.

No Canada, país de sistema jurídico consuetudinário, são atribuídas ao fumo entre 40 à 45.000 mortes anuais. Em abril de 1997 nova legislação (BILL C-71 - *Tobacco Act*) foi criada para restringir a publicidade de tabaco, sua comercialização através de máquinas automáticas, e patrocínio de atividades esportivas e culturais por empresas que produzam ou comercializem fumo. O efeito imediato foi a retirada de alguns milhares de painéis publicitários das ruas de todo o país.

O grupo industrial dominante no Canada é o Imperial Tobacco Ltd., com 65% do mercado, seguido pela Rothmans, Benson and Hedges Inc. O primeiro tem 40% de seu capital sob propriedade da BAT e o segundo tem 60% de seu capital sob propriedade da Rothmans Inc. e 40% sob propriedade da Philip Morris Comp. Inc. Por sua vez, Rothmans Inc. é uma empresa do grupo Rothmans International Plc, de propriedade da companhia Cie Financiere Richmont Ag., da Suíça. Ainda, a companhia UST International tem o Canadá como seu maior consumidor de produtos derivados do tabaco, para inalar e mascar.

No Peru, conforme informações gentilmente prestadas pelo Dr. Luis Pinillos Ashton, da Comision Nacional Permanente de Lucha Antitabaquica, a legislação que rege a matéria é a Ley nº 25.357, de 26/11/1991, regulamentada pelo Decreto Supremo nº 083-93-PCM, combinados com a Ley nº 26.849, de 09/06/1997 (com vigor a partir de 01/01/1998). Basicamente a legislação fornecida estabelece locais onde é permitido fumar e locais onde o mesmo é proibido, bem como advertências na publicidade e embalagens de cigarros, muito semelhantes às disposições existentes no Brasil. A legislação que entra em vigor a partir de 01/01/1998 é mais rigorosa, proibindo o fumo, sua publicidade e comercialização em todos os lugares fechados de uso público e exigindo a publicidade das quantidades de alcatrão e nicotina contida nos produtos nas respectivas embalagens.

Na França o mercado de fumo é dividido entre a empresa Seita S/A (36,4%), Philip Morris (30%), Reynolds (10%) e Rothmans International (16,4%). A ação antibagista na França é executada pelo *Comite National Contre le Tabagisme*, que promove ação judicial contra Philip Morris Co. alegando publicidade enganosa e cobrando US\$ 22 milhões em indenizações.

Na Espanha a produção, distribuição e comercialização do tabaco é estatal, realizada pela empresa Tabacalera S/A. A estatal produz e comercializa marcas de outras três indústrias: Philip Morris Co., B.A.T. Industries PLC e RJ Reynolds Inc., bem como

compra 80% da produção de folha de fumo cubana e 50% dos produtos de fumo exportados por Cuba. Não obstante o aumento da carga tributária implementada pelo próprio Governo em julho de 1996, a empresa apresentou um lucro líquido no primeiro semestre de 1997 de 12,8% superior a igual período do ano anterior, reflexo do crescimento de vendas de seus produtos.

Na Polônia, país no qual um terço da população adulta é dependente da nicotina contida no fumo, nova legislação (*The Tobacco Control and Health Protection Act - 1995*) foi implementada, sob pressão da Sociedade para Controle do Tabaco na Polônia, visando reduzir a publicidade e o acesso de menores ao produto defeituoso. É o país da Europa Central que apresenta as maiores taxas de mortes por doenças causadas pelo tabagismo, sendo que metade de toda receita das agências de publicidade são devidas à empresas de fumo. Curioso notar que boa parte dos políticos e administradores públicos das antigas nações socialistas na Europa central e oriental acreditam na indústria de fumo, sua produção e comercialização, como força de desenvolvimento financeiro internacional.

Na Irlanda, Susan Riley e Anne Maloney iniciaram uma ação indenizatória contra subsidiárias de três multinacionais do tabaco.

No continente africano, segundo informações gentilmente enviadas pelo Dr. Derek Yach, responsável pela ação anti-tabagista da Organização Mundial de Saúde naquele continente, o grupo industrial dominante é a Rothmans International, seguido das demais multinacionais anteriormente referidas, que atuam em mais de 33 países, principalmente no Zimbábue e no Malawi. Na Nigéria há permissão judicial para tramitar uma ação coletiva, encabeçada por Abraham Dasilva contra Nigerian Tobacco Company (NTC) e mais 13 outras companhias de tabaco européias e norte-americanas.

Devido a queda na taxa de mortalidade infantil, urbanização, ocidentalização e aumento de renda, mais crianças estão sobrevivendo naquele continente e se tornando jovens adultos consumidores de fumo. Aliás, devido ao fato de em muitos países africanos não existir legislação sobre o controle da venda e publicidade do fumo e a maior parte das crianças e jovens adultos serem analfabetos, não tendo portanto acesso a informação anti-tabagista escrita, aquele continente representa um alvo excelente para as indústrias de fumo, tanto para produção e consumo quanto para exportação, bastando, para gerar a nicotino-dependência, a apresentação dos maravilhosos comerciais via rádio e televisão, ou a pura e simples distribuição gratuita dos cigarros, como amostras gratuitas.

No Japão, país de notável desenvolvimento tecnológico e sistema jurídico muito semelhante ao brasileiro, direito civil ou *civil law*, o consumo de cigarros declinou constantemente entre 1985 e 1989, com pequeno crescimento e estabilização no consumo daquela data até os dias atuais.

Até 1985 apenas uma companhia, a empresa de economia mista (pública e particular) Japan Tobacco and Salt Public Corporation, abastecia o mercado. Em 1985 ela foi privatizada completamente, mudando sua razão social para Japan Tobacco Inc., permitindo a importação por *trading companies* especializadas, porém mantendo o monopólio da produção interna de fumo.

Produção, importação (95% dos Estados Unidos), comercialização, fixação de preços, tributação, limitação de publicidade e venda, inspeção de teores de alcatrão e nicotina e sua listagem nas embalagens de cigarros, limites à publicidade em rádio e televisão, são exaustivamente reguladas por legislação específica no Japão (Tobacco Industry Law). Aviso quanto aos problemas de saúde que podem ser causados pelo uso do produto foram positivados em julho de 1990, com legislação específica - Enforcement Regulations for the Tobacco Law.

Como parte da cultura e tradição japonesas, o baixo grau de litigiosidade está presente também na questão do tabagismo, como apenas algumas ações em tramitação cobrando reparações.

Na China, cujo sistema jurídico tem como base a filosofia de líder espiritual Confúcio, seus ritos e costumes relativos à harmonia e a bondade natural do ser humano (16), paradoxalmente mais de 320 milhões de pessoas fumam algo em torno de um maço de cigarros ao dia e aproximadamente 500 mil morrem por ano em decorrência da epidemia tabágica. Significa um terço do mercado mundial de fumo, abastecido em grande parte pela empresa Yuxi Hongta Tobacco, da China National Tobacco Corporation, que produz em regime de monopólio estatal a marca Hongtashan, em diversas empresas espalhadas pelo país.

Devido ao fato de a China pretender entrar para a Organização Mundial de Comércio e as indústrias estrangeiras pretenderem entrar na China, provavelmente haverá radicais mudanças no mercado chinês de fumo nos próximos meses e anos, com o fim do monopólio e início de importações e instalação de fábricas não estatais. Ainda, como ironicamente bem lembrado pelo presidente da Hongta, Mr. Zi Guorui, se os chineses

tomarem consciência do problema de saúde e comecem a cobrar na Justiça indenizações por danos materiais e morais estarão cobrando dinheiro do próprio estado chinês o que, em última análise, significa de si mesmos. Tal peculiaridade dá maior interesse ainda às indústrias norte americanas, tão preocupadas, e com razão, com as indenizações multi milionárias dadas pelas cortes norte americanas à título de danos punitivos, ou *punitive damages*.

Na Itália, país cujo sistema jurídico é o *civil law*, a produção e comercialização do tabaco está passando por uma grande alteração, com pressão da Comissão Européia para que o governo italiano desfaça o sistema de monopólio estatal do setor, onde empresas multinacionais, como a Philip Morris e B.A.T. Industries PLC atuam com empresas intermediárias. O mercado de tabaco italiano está assim dividido: 42,1% exclusivamente do Estado, 51,6% da Philip Morris em parceria estatal, 2% da B.A.T. Industries PLC em parceria estatal. Recentemente a justiça italiana acolheu denúncia de sonegação fiscal contra a empresa agente da Philip Morris, Intertaba, por utilização fraudulenta de benefícios fiscais específicos para empresas não residentes na Itália.

A peculiaridade da produção de tabaco pelo próprio Estado, como na China, Cuba, Japão e Itália, não obstante privatizações e quebras de monopólios, deixa a impressão que os Estados que agem dessa forma estão procurando como que “dopar” sua população para encobrir seus problemas internos, como falta de educação, liberdade, distribuição de renda, saúde, qualidade de vida, igualdade de oportunidades, etc., e cobrar impostos sobre a produção e consumo do fumo. Não percebem que estão montando uma bomba relógio de efeito retardado em seu tecido social, que leva décadas para explodir, como relatado no cap. I.

Vale lembrar, com o Professor Dalmo de Abreu Dallari, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que o Estado é composto pelo povo, território e soberania, não bastando as duas últimas se a primeira componente está destruída ou em processo de degradação orgânica e psicológica:

É unânime a aceitação da necessidade do elemento pessoal para a constituição e a existência do Estado, uma vez que sem ele não é possível haver Estado e é para ele que o Estado se forma. (17)

Com certeza não é esse o *brave new world*, ou admirável mundo novo, que desejamos e merecemos como seres humanos dotados de racionalidade e sensibilidade:

*Aperta-me, narcotiza-me, querido;
Beija-me até ao coma;
Aperta-me, querido, aninha-me como a um coelhinho;
o amor é tão bom como o soma. (18)*

A nicotina não deve continuar a ser utilizada pela nossa civilização como o *soma*, substância administrada pelo Estado aos habitantes do admirável mundo novo.

II. c. Efeitos nos Estados Unidos da América

Da alegoria do romance à trágica realidade, nos Estados Unidos da América, país com 50 milhões de fumantes, são atribuídas 434.000 mortes anuais ao tabagismo, sendo que em 1996 a receita tributária decorrente do fumo foi de U\$ 13.1 bilhões e os gastos com tratamentos das doenças decorrentes do fumo somou naquele ano U\$ 50 bilhões, ou seja, quase cinco vezes a receita tributária!

Desde 1965 existe legislação federal advertindo o consumidor sobre o produto, e desde 1971 os anúncios publicitários em televisão foram proibidos. Interessante notar que a legislação restritiva ao fumo em locais públicos e/ou particulares é dos estados e não federal, sendo federal apenas as leis que protegem os trabalhadores em seu ambiente de trabalho, denominada Occupational Safety and Health Act of 1970 (Lei de Proteção da Saúde e da Segurança no Trabalho - OSHA) e a lei que protege os deficientes, denominada Americans With Disabilities Act of 1990 (Lei dos Deficientes). Os não fumantes, ao sustentar seus direitos nos diplomas federais, argumentam com base no primeiro que sua saúde foi prejudicada no ambiente de trabalho, que tem ar impróprio em decorrência do fumo ou, com base no segundo, que sua capacidade de respirar ficou extremamente prejudicada em decorrência do fumo no local de trabalho, tornando-os deficientes em uma das suas atividades vitais: respirar livremente.

Existem diversos movimentos sociais contra o tabagismo nos Estados Unidos. O destaque fica por conta da ASH - Action on Smoking and Health (<http://www.ash.org/>), que divulga estatísticas e estudos científicos relativos ao consumo de tabaco e os danos à saúde, bem como mobiliza a sociedade para ação concreta. O primeiro caso levado aos tribunais americanos data de 1954 e antes da década de noventa o caso mais conhecido, por ter chegado mais longe no Poder Judiciário, foi *Rose Cipollone versus The Liggett*

Group, Inc. Vencedora em primeira instância (US\$ 400,000.00), infelizmente a Autora, uma fumante que estava sofrendo de câncer no pulmão, não teve tempo e dinheiro para sustentar sua tese perante a Corte Suprema americana, faleceu de câncer e sua família não teve recursos para pagar as despesas do litígio, perdendo a ação em segunda instância. A linha de defesa básica da indústria de fumo nos Estados Unidos estava baseada na negativa de ser a nicotina geradora de dependência, bem como na negativa do fumo causar doenças. A par da negativa geral, até então não afastada pela ciência, a indústria alegava que se o fumo causasse doenças, pelo princípio da *contributing negligence*, ou culpa concorrente, deveria ser o fumante responsável por sua própria condição, pois estava livre para fumar ou não fumar. Dessa forma a indústria de fumo passou décadas defendendo e ganhando as ações judiciais nos Estados Unidos, sendo representativos os casos Green v. American Tobacco Co., Pritchard v. Liggett & Myers Tobacco Co., Lartigue v. R. J. Reynolds Tobacco Co., Galbraith v. R. J. Reynolds Tobacco Co., Marsee v. United States Tobacco Co. (smokeless tobacco case), Ierardi v. Lorillard, entre outros nos quais as indústrias de fumo ganharam (19). Em apenas um caso o júri deu ganho de causa ao consumidor que contraiu câncer de pulmão, Grady M. Carter (US\$ 750.000,00), porém a decisão está sob recurso de apelação interposto pela Brown & Williamson Tobacco Co.

Como visto no cap. anterior as alegações de defesa das indústrias não podem mais prosperar, pois a ciência já provou onexo causal entre a nicotina e seus efeitos neuroquímicos e funcionais próprios de drogas como cocaína e anfetamina. Embora não gere reações tão fortes quanto a cocaína e as anfetaminas, aumenta o metabolismo cerebral, com maior liberação de neurotransmissores, de forma similar àquelas drogas. A ciência já provou também onexo causal entre os hidrocarbonetos cíclicos aromáticos do tabaco e as mutações genéticas de uma das principais doenças causadas pelo consumo do tabaco: o câncer de pulmão.

Vale ainda dizer que a relação de dependência da nicotina varia muito de organismo humano para organismo humano e conforme a fase da vida. Assim e para exemplificar, consumidores mais jovens são mais propensos à dependência de nicotina, bem como consumidores deprimidos são mais propensos à dependência. A consideração jurídica que procurar estabelecer limites estanques para este fato biológico, psiquiátrico e psicológico estará valorando incorretamente o fato, acarretando injustiças.

Em outras palavras, a dependência não é um fato estanque e absoluto e sim um estado relativo e temporário que depende muito de cada organismo de cada consumidor (20).

Uma regra geral possível para a valoração jurídica adequada ao fato da dependência à nicotina é no sentido de considerar o consumo reiterado da nicotina uma manifestação de dependência ao produto defeituoso, não obstante tenha o consumidor posteriormente cessado voluntariamente o consumo. Esta consideração jurídica parece ser mais adequada que a pronunciada por diversos julgamentos ocorridos nos Estados Unidos, onde diversos consumidores perderam a demanda pois após décadas de fumo deixaram por diversas razões a dependência (caso dramático dessa situação é *Dana Raulerson v. R.J. Reynolds*, cuja irmã Jean Connor deixou de fumar após seu médico comunicar o diagnóstico de câncer de pulmão, que a levou ao óbito).

Ainda, o entendimento jurisprudencial americano da figura jurídica da *contributing negligence* evoluiu para responsabilizar a indústria de sua parcela naquela culpa concorrente, viabilizando assim decisões judiciais à ela desfavoráveis.

Quanto ao *second-hand smoke-related health problems*, ou problemas de saúde causados pelo fumo passivo, o primeiro caso nos Estados Unidos é o de trabalhadores de aeronaves pleiteando indenizações, já que estão sujeitos ao fumo passivo durante sua jornada de trabalho nos vôos (*Norma Broin v. Philip Morris USA e Outras*).

A peculiaridade jurídica do caso é que os argumentos básicos de defesa das indústrias são inaplicáveis (ciência dos riscos do produto e livre arbítrio em fumar ou não), pois no caso dos fumantes passivos as vítimas *não fumam!*

A *class action*, ou ação coletiva 91-49738 CA, 11ª Vara Civil da Justiça Estadual de Dade County, Flórida, há quase sete anos (é aliás a primeira *class-action* para casos de tabagismo), engloba sessenta mil trabalhadores, reclamando indenização de cinco bilhões de dólares, ou na média algo em torno de oitenta e três mil dólares para cada, em decorrência das doenças geradas, como câncer no pulmão, bronquite, etc.

Em outubro de 1997 ocorreu um acordo extrajudicial (uma espécie de inversão do ônus da prova com pagamento de custas processuais e honorários advocatícios), que pende de homologação, no qual não é reconhecido qualquer dano ou indenização, mas prevendo a constituição de uma Fundação, com recursos de US\$ 300 milhões das indústrias, para pesquisas científicas relacionadas ao fumo passivo e doenças por ele causadas. Segundo o acordo, as vítimas e seus sucessores legais poderão entrar com ações individuais para pleitear indenizações materiais, entretanto as temidas ações coletivas e pedidos de

indenizações punitivas, ou *punitive damages*, ficam afastados, bem como qualquer tese jurídica baseada em fraude empresarial ou atitude ilícita e dolosa das indústrias.

A aviação e sua regulamentação, pelas normas de Direito Aeronáutico, é competência da União Federal, segundo dispõe o artigo 22, I, nossa Constituição, sendo também objeto de regulamentação internacional, pela ICAO-OACI (International Civil Aviation Organization, ou Organização da Aviação Civil Internacional), organização criada em 1947, como agência da Organização das Nações Unidas, com sede em Montreal, Canadá.

O Código Brasileiro de Aeronáutica, positivado na Lei n.º 7.565/86, contém diversas normas gerais e de Direito Internacional Privado, em seus caps. I e II (arts. 1º a 10º). A regra geral é de nos vôos internacionais prevalecer a lei do espaço aéreo pertencente ao Território Nacional sobrevoado.

A extraterritorialidade da lei espacial é excepcional, sendo aplicável em alto mar ou em região que não pertença a qualquer Estado, bem como para aeronaves militares ou civis de propriedade do Estado ou a seu serviço direto.

Dada a inexistência de acordo internacional na matéria do tabagismo, vigoram as legislações nacionais, sendo que diversas empresas de aviação implementaram políticas internas de restrição ao fumo em vôos internacionais, pois normalmente são mais demorados que os internos, expondo seus passageiros e funcionários a maiores riscos de saúde. Nesse segmento temos três políticas de restrição do fumo: Restrição total do fumo pelas seguintes companhias aéreas: Era Lingus, Air Canada, American Airlines, Canadian Airlines International, Delta Air Lines, Oatas, United Airlines. Delimitação de local apropriado para fumar: Aeroflot, Aerolinas Argentinas, Aeromexico, Air Índia, Alitalia, All Nippon Airways, El Al, Finnair, Iberia, Japan Airlines, Sabena, SAS, South African Airways, Swissair, Tower Air, TWA. Restrições leves ao fumo: Air France, Air New Zealand, British Airways, Cathay Pacific Airways, Continental airlines, KLM Royal Dutch Airways, Korean Air, Lufthansa German Airways, Northwest Airlines, Royal Jordanian, Singapore Airlines, USAir, Virgin Atlantic Airways.

No Brasil, o Departamento de Aviação Civil, em regulamentação ao artigo 2, § 2º, da Lei n.º 9.294/96 (ver próximo cap.), mediante Portaria n.º 161/97, determinou a proibição ao fumo em vôos, nacionais ou internacionais, com duração inferior a uma

hora. Segundo a Sociedade Brasileira de Medicina Aeroespacial, a proibição de fumar na primeira hora é válida, mas melhor seria banir o fumo durante todo e qualquer voo.

Ainda quanto ao fumo passivo, estudos da Faculdade de Medicina da Universidade de Wiscosin, em Medison, USA, indicam que 6.200 crianças morrem por ano devido a problemas pulmonares e incêndios relacionados ao consumo de fumo por parte de seus pais. O estudo, publicado na revista “*Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine*”, indica ainda que 5,4 milhões de jovens daquele país sofrem de doenças não fatais relacionadas ao fumo passivo.

Na evolução da discussão judicial norte americana sobre a questão, um marco ocorreu em março de 1996, com a quebra na união entre as indústrias de fumo. A menor das cinco maiores indústrias americanas, a Liggett Group, Inc. aceitou um acordo com Dianne Castano e Ernest Perry (ação coletiva), restringindo seus anúncios, prevendo indenizações para vítimas e para os estados, abrindo seus arquivos de pesquisas relacionadas à nicotina e outros componentes do fumo, entre outras disposições.

Aquele marco levou, em junho de 1997, à negociação e fechamento de um acordo entre os Secretários de Justiça de quarenta e quatro estados americanos e as grandes indústrias de fumo, Philip Morris Co., RJR Nabisco Co., B.A.T. Industries P.L.C. e Lorillard Tobacco Co., prevendo um fundo mínimo de U\$ 368.5 bilhões, ao longo de 25 anos, para os estados, em recuperação aos custos das doenças relacionadas ao fumo, bem como resolvendo as demais *class actions*.

Conforme cópias de documentos judiciais que me foram gentilmente enviados por The Honorable Hubert H. Humphrey III Attorney General de Minnesota, The Honorable Mike Moore, Attorney General de Mississippi, The Honorable Scott Harschbarger, Attorney General de Massachusetts, The Honorable Frank J. Kelley, Attorney General de Michigan e The Honorable Robert A. Butterworth, Attorney General da Florida, documentos esses cujo estudo estou aprofundando, a impressão preliminar é que a tributação via *excise tax* não foi suficiente para cumprir os objetivos das associações antitabagistas, médicas e o próprio governo norte americano, pois não reduziu a contento o consumo do produto naquele país, principalmente entre os jovens. Outro ponto fundamental do pleito dos estados que ficou para trás no acordo é sobre as indenizações por danos causados no passado (21).

Grande parte da imprensa americana e autoridades médicas está contrária ao acordo, entendendo o mesmo ser favorável às indústrias, Secretários de Justiça (alguns com aspirações políticas) e advogados das vítimas, mas contrário aos interesses dos poderes públicos e das próprias vítimas, pois não contou, em suas negociações, com a participação efetiva dos médicos e das associações anti tabagistas.

Uma das críticas iniciais ao mesmo, realizada por tributaristas, é que parte dos recursos (segundo alguns todos os recursos) das empresas destinados ao acordo (algo em torno de 18%) será dedutível dos tributos por elas a pagar, gerando indiretamente a participação do contribuinte norte americano na conta a pagar. Isto é simplesmente paradoxal, pois significa na prática que não haverá reembolso daquele volume de despesas incorridas e sim uma antecipação de receita orçamentária futura. Outra forte crítica, realizada pelos médicos David Kessler, ex comissário do FDA, e C. Everett Koop, ex *Surgeon General* é quanto a restrição do poder do FDA em reduzir os teores de nicotina apenas e enquanto provar que não haverá a criação de um mercado paralelo do produto. Tal prova, para aquelas autoridades, é impossível, impossibilitando o controle prático do FDA sobre o teor da nicotina, ainda mais considerando o contrabando de fumo cubano para os USA, estimado só pelas apreensões nas alfândegas americanas, em US\$ 1 milhão no ano de 1996.

Outras críticas são relativas a ineficácia das restrições à publicidade com personagens e figuras humanas, já que na Europa tais restrições já vigoram há muito tempo, sem resultados frente à criatividade dos profissionais da área, bem como a pergunta fundamental não ter sido feita ou respondida: por que as pessoas, especialmente jovens, consomem drogas nos Estados Unidos? Parece mais uma vez que a resposta não é originária das ciências jurídicas, mas sim de outras ciências, como a antropologia, química e psicologia.

Os principais termos do acordo, que depende de aprovação do Congresso e Presidente dos Estados Unidos, pela importância histórica que representam, são a seguir resumidos:

- Confirma a autoridade do FDA (Food and Drug Administration - Administração de Alimentos e Drogas - órgão federal) para regular produtos fumíferos, sua produção, marketing e distribuição.
- Elimina a publicidade de fumo em locais abertos, bem como seus personagens *Joe Camel* e o *Marlboro Man*, de forte apelo aos jovens.

- Impõe e providencia fundos da própria indústria para um agressivo programa federal visando impedir aos menores de idade (dezoito anos) o acesso ao tabaco, permitindo ainda aos estados legislarem e implementarem programas semelhantes.
- Assegura ao FDA e aos estados flexibilidade na condução de programas específicos, voltados a prevenir o uso da droga por jovens e a dependência.
- Sujeita a indústria do fumo a um severo desembolso financeiro, caso o consumo do produto entre os jovens não caia radicalmente, dentro de um calendário específico (disposição criticada pelas multas serem relativamente baixas, em caso de descumprimento por parte das indústrias).
- Confere poderes ao Governo Federal para fixar padrões nacionais de controle da industrialização do fumo e seus ingredientes.
- Providencia novos poderes ao FDA, como regular a quantidade de nicotina contida no fumo.
- Obriga a indústria do fumo a revelar toda e qualquer pesquisa laboratorial realizada no passado e a ser realizada no futuro com efeitos sobre a saúde e segurança do consumidor.
- Estabelece um padrão federal mínimo de restrição ao fumo em locais públicos, permitindo aos estados e autoridades locais estabelecerem padrões ainda mais restritivos.
- Protege os funcionários que auxiliaram ou venham a auxiliar, revelando informações contrárias às indústrias do fumo. Tal dispositivo é extremamente importante, como veremos mais adiante. Ainda neste segmento, o FBI - Federal Bureau of Investigation (Central de Investigação Federal) - está utilizando a internet e a imprensa americana para convidar cientistas e executivos das indústrias de tabaco a revelarem informações confidenciais das indústrias. O FBI suspeita que os representantes das indústrias de fumo prestaram falso depoimento perante o Congresso Americano sobre as pesquisas e conhecimentos relativos ao fumo, omitindo informações de interesse público que tinham conhecimento e que estavam

obrigados a prestar, constituindo tal omissão fraude contra o governo federal, grave crime contra a administração pública norte americana.

- Extingue o Instituto do Fumo e o Conselho de Pesquisas do Fumo, duas entidades de grande importância para desenvolvimento de pesquisas e estratégia das indústrias norte americanas.
- Impõe maior controle nas atividades das empresas de *lobby* que atuam no Congresso americano representando interesses das indústrias de fumo quando do procedimento legislativo (nos Estados Unidos a atividade é disciplinada por lei federal).
- Autoriza e fomenta - com recursos das indústrias de U\$ 500 milhões anuais - programas educacionais anti tabagismo voltados aos jovens e aos fumantes.
- Autoriza e fomenta - com recursos das indústrias de U\$ 25 bilhões - fundo para despesas de saúde de crianças que não tenham seguro próprio, numa espécie de recompensa indireta por danos morais aos fumantes que morreram ou *punishment for past misconduct*, e não permite, expressamente, futuros pedidos de indenizações punitivas por danos passados. Este dispositivo também é alvo de duras críticas, pois a condenação por danos punitivos é muito rigorosa e, se livre estivesse, poderia inviabilizar o futuro da indústria.
- Elimina a possibilidade jurídica de novas ações coletivas (*class-action lawsuits*) contra as indústrias de tabaco, apenas permitindo ações individuais.
- Autoriza e fomenta - com recursos das indústrias - pagamentos anuais aos estados à título de reembolso por seus gastos com saúde pública relacionados ao fumo.
- A venda de produtos fumíferos continua legal para adultos, mas restrita para assegurar que menores não o comprem. Tais restrições incluem punições na esfera civil e penal, caso descumpridas.
- Os seguintes alarmes passam a constar de 25% da área das embalagens de cigarros: cigarros viciam; cigarros causam câncer fatal no pulmão, cigarros causam derrames cerebrais e doenças cardíacas; fumar pode matar você; a fumaça do cigarro causa câncer fatal no pulmão em não fumantes; parar de fumar agora reduz muito sérios riscos à sua saúde.

- Para produtos do tabaco usados de forma diversa do fumar, como gomas de mascar e assemelhados, os alarmes passam a ser: este produto pode causar câncer na boca, este produto pode causar doenças na gengiva e perda de dentes; este produto não é uma alternativa segura aos cigarros, este produto vicia.
- O acordo também é válido para a manufatura, distribuição e venda de tabaco em áreas reservadas aos índios, visando preservar suas áreas e comunidades.

Muitos interesses foram contrariados pelo acordo referido, por parte dos fumantes, que continuam a entrar com ações coletivas (atualmente duas dúzias em tramitação com amplitude estadual) contra as indústrias e o próprio acordo em tramitação no Congresso, como empresas de máquinas automáticas de venda de cigarros, que sofreram perda de faturamento. Interessante notar que empresas de out-door, antes muito dependentes das indústrias de fumo, estão, após uma queda decorrente do acordo histórico, crescendo em faturamento, conquistando novos clientes com preços mais lucrativos.

E julho de 1997 o Comitê de Aconselhamento sobre Política do Fumo e Saúde Pública, grupo que congrega as maiores lideranças públicas no debate sobre tabagismo nos Estados Unidos, apresentou, a pedido do Congresso Americano, seu relatório final, contendo não uma análise do acordo referido, mas sim diretrizes para ações futuras, objetivando proteger a saúde individual e coletiva, nas cinco áreas seguintes:

- 1) Regulamentação da Nicotina e Produtos do Fumo (sob responsabilidade da Sociedade Americana de Câncer).
- 2) Tabagismo e Juventude (Academia Americana de Pediatria).
- 3) Atuais Usuários de Produtos do Fumo (Associação dos Médicos Americanos).
- 4) Tabagismo e Meio Ambiente (Associação Americana do Pulmão) e;
- 5) Futuro da Indústria do Tabaco e Medidas Para Controle (Instituto de Advocacia).

Este relatório final tem muita importância na valoração que o Congresso norte-americano fará, ao longo dos próximos meses, do acordo entre os Estados, as vítimas representadas nas ações coletivas e as indústrias.

Em julho de 1997 o Estado do Mississippi fechou, nos autos do processo de *civil action* No. 94-1429, em trâmite perante a Corte de Justiça de Jackson County, Mississippi, acordo com as indústrias de fumo, prevendo o pagamento de US\$ 3.6 bilhões de

indenização ao seu sistema de saúde ao longo de vinte e cinco anos e a retirada de todos os cartazes publicitários.

Em agosto de 1997 o Estado da Flórida fechou, nos autos do processo de *civil action* No. 95-1466 AH, em trâmite perante a 15ª Vara de Palm Beach County, Flórida, acordo com as indústrias de fumo, prevendo o pagamento de US\$ 11.3 bilhões de indenização ao seu sistema de saúde ao longo de vinte e cinco anos, e a retirada de todos os cartazes publicitários.

Em setembro de 1997, perante uma corte distrital da cidade de Texarkana, no Texas, deu início a fase de provas da ação civil daquele Estado contra as indústrias de fumo, pleiteando US\$ 14 bilhões em reembolso de despesas médicas incorridas desde 1953, bem como despesas futuras. O processo encontra-se suspenso devido à problemas de saúde do Juiz, mas já é certa a divisão do procedimento de conhecimento em partes, por grupos de alegações dos Autores, dada a complexidade dos argumentos apresentados.

Em outubro de 1997, perante a 4ª Vara de Duval County, Flórida, a empresa de asbesto (silicato de magnésio, mineral isolante térmico e elétrico, utilizado em roupas para combate ao fogo, revestimento de tubulações aquecidas, materiais submetidos ao atrito, etc.) Raymark Industries, Inc. entrou com uma ação de indenização contra as indústrias de fumo, requerendo o pagamento total ou parcial de US\$ 400 milhões que alega ter gastado em indenizações, custas judiciais e honorários advocatícios por lesões corporais e mortes causadas pela exposição ao asbesto. Em novembro de 1997, perante a Corte Estadual de Justiça de Oakland, Califórnia, as empresas de asbesto Owens Corning e Fibreboard Corp. moveram ação semelhante àquela. A tese da indústria de asbesto é no sentido de não ser responsável exclusiva pelos danos do asbesto (objeto de acordo judicial que aguarda homologação pela Corte de Apelação do 5º Circuito), mas sim ter o consumo de fumo entre suas vítimas contribuído em muito para os danos alegados.

Tais fatos revelam outra tendência no sistema judicial norte americano, no sentido de não ser aprovado o acordo federal e prevalecer as disputas judiciais caso a caso, estado por estado, cidade por cidade, vítimas por vítimas, etc. Ainda, o Presidente Bill Clinton, que é do Partido Democrata e logicamente quer ganhar prestígio político, em pronunciamento de setembro de 1997, já se manifestou publicamente contra o acordo enquanto que os políticos do Partido Republicano, por sua vez, tem historicamente apoiado as indústrias de fumo naquele país.

O significado do acordo federal norte americano, independentemente da sua transformação em lei (estimada para março de 1988), de ações judiciais a ele contrárias, acordos estaduais e municipais (dos condados), e as modificações que possa sofrer em um Congresso historicamente pressionado pelo *lobby* da indústria do fumo, já é previsível.

Com as disposições gerais anteriormente referidas, maior controle do FDA nas pesquisas com nicotina, menor publicidade para jovens, maior preço de venda do seu produto (algo em torno de US\$ 1.50 a mais por maço), bilhões de dólares para pagar ao longo de décadas, maior tributação, as indústrias de fumo procurarão países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento para recuperar os lucros anteriormente obtidos nos Estados Unidos.

Ainda, os mercados financeiros reagiram em dois momentos. Em primeiro com baixa das ações e um segundo com retomada de preços. Tal comportamento aparentemente contraditório é explicável, porque o acordo gera segurança e previsibilidade quanto a responsabilização patrimonial das empresas nos próximos anos, evitando as imprevisíveis sentenças judiciais condenatórias em milhões de dólares por danos punitivos, ou *punitive damages*.

Os grandes mercados emergentes, como a África do Sul, Argentina, o Brasil, Brunei, China, Coreia do Sul, Filipinas, Hong Kong, Índia, Indonésia, México, Polônia, Singapura, Tailândia, Taiwan, Turquia e Vietnã estão provavelmente nos projetos estratégicos de conquista e ampliação das grandes companhias multinacionais de tabaco. Como provas e exemplos significativos dessa estratégia, a Philip Morris Products, Inc. aumentou sua participação no capital da segunda maior empresa de cigarros mexicana, a Cigatam, e a Philip Morris International (PMI) desmembrou a América Latina em duas regiões: Mercosul (Argentina, Chile, Uruguai e Brasil) e Ameca (América Central, México, República Dominicana, Porto Rico, Paraguai, Peru e o Caribe). Por sua vez, a BAT Industries acaba de recomprar a empresa Cigarrera la Moderna, maior produtora de fumo do México, do grupo empresarial Empresas la Moderna S/A e está negociando fundir suas atividades financeiras com a Zurich Insurance Co, a maior seguradora suíça, a fim de reinvestir recursos nas suas indústrias de fumo nos países emergentes.

Fora dos Estados Unidos a primeira decisão judicial contrária às indústrias de fumo foi dada n

o Brasil - o maior exportador e terceiro produtor mundial de fumo - com 100.000 mortes anuais atribuídas indiretamente ao fumo. O caso é Nelson Cabral Alves *versus* Souza

Cruz S/A, no Rio de Janeiro, avaliado por volta de um milhão e quinhentos mil reais, e baseado no fato que o hábito de fumar altera em parte a capacidade de autodeterminação do fumante em decorrência dos efeitos da nicotina. Em primeira instância o Autor obteve sentença favorável, condenando a Souza Cruz S/A a pagar indenização de R\$ 90 mil a título de danos morais mais pensão mensal (danos materiais) de R\$ 800,00 para a família do falecido Autor, cujo atestado de óbito certificava a *causa mortis* como...”...enfarte agudo do miocárdio, cardiopatia hipertensiva e tabagismo”.

Em outro caso em que a Souza Cruz S/A era Ré, em Fortaleza (CE), a sentença negou o pedido do Autor, sob o argumento que o consumidor estava livre para fumar ou não fumar.

Todas essas ações ainda não foram instruídas com prova técnica baseada nas modernas técnicas de mapeamento genético no cap. I descritas, mas sim com documentos que relacionam a morte ou estado de saúde debilitado do consumidor com o tabagismo, bem como dados estatísticos e estudos científicos também sobre estatísticas que relacionam o consumo de tabaco com a ocorrência de doenças. A experiência norte americana de quarenta anos de batalhas judiciais semelhantes as que começam a ocorrer no Brasil e outros países demonstra que a maioria absoluta dessas ações são ganhas pela indústria de fumo, exatamente pela má ou incompleta qualidade da prova. O mesmo deve ocorrer no Brasil e nos demais países, até que as modernas técnicas de mapeamento genético sejam implementadas, difundidas e utilizadas judicialmente, caso a caso, para provar de maneira indiscutível, onexo causal entre o consumo do produto defeituoso e o dano material observado.

Cabe aos profissionais da imprensa, justiça e medicina informar ao consumidor sobre os riscos de saúde pelos quais correm e direitos que eventualmente possuam, enquanto usuários do produto defeituoso. Compete aos congressistas brasileiros se libertarem do *lobby* da indústria do fumo e votarem normas mais rígidas relativas à pesquisa, produção, venda e publicidade do produto, dando poderes de acompanhamento, vigilância e controle ao Ministério da Saúde nas pesquisas realizadas e a realizar pelas indústrias.

Dada a magnitude do problema de saúde, a ignorância sobre os documentos internos das indústrias de fumo relativos às pesquisas com nicotina e outras substâncias do tabaco e a fundada suspeita de ocultamento e destruição de informações por parte das indústrias, qualquer acordo no Brasil, nos moldes da negociada nos Estados Unidos é imprudente

juridicamente e desaconselhável politicamente, pois fatalmente encobrirá riscos hoje desconhecidos pelos órgãos públicos e consumidores.

Não é necessário ser Ministro da Justiça ou da Saúde, nem presidente de associação de fumantes doentes para notar, é puro raciocínio lógico combinado com o natural materialismo humano: impossível um acordo ser justo para as três partes, indústrias, fumantes/não-fumantes e Estado, quando uma delas (indústria de fumo) detém informações desconhecidas das demais, informações essas que serão disponibilizadas para as outras partes apenas após o fechamento do acordo... As partes que desconhecem as informações correm um sério risco de sair perdendo, no caso poderes públicos e consumidores.

Ao Poder Judiciário brasileiro incumbe a importante missão de processar e julgar as milhares de ações que estão por vir já considerando os avanços da ciência e a existência e importância daquele acordo, na perspectiva histórica de uma batalha jurídica de mais de quarenta anos e atendidas as peculiaridades de cada consumidor brasileiro, em seu dano material e moral. Tais aspectos merecerão tratamento especial no próximo cap. .

Capítulo III

O tabagismo e o Direito no Brasil

III. a. Garantias Constitucionais

O direito a uma vida saudável, considerada em seus aspectos físicos e psicológicos, é garantia constitucional para brasileiros e estrangeiros que aqui residem.

Qualquer ameaça a tal garantia, como a produzida pela nicotina, com seus efeitos neuroquímicos e funcionais semelhantes aos apresentados pela cocaína e anfetamina, e os malefícios à saúde que decorrem indiretamente da inalação dos hidrocarbonetos cíclicos aromáticos contidos na fumaça do tabaco e de outras substâncias nocivas contidas no mesmo, merecem reparo material e moral.

Assim dispõe o artigo 5º, VI e X e artigo 6º da Constituição Federal.

Ainda, dada a repercussão na saúde humana, o legislador constituinte de 1988 fixou que a publicidade e comercialização de tabaco deveria ser restrita pela legislação federal (artigo 220, § 4º).

Em termos de atuação contra o tabagismo não existe ainda no Brasil uma forte ação pública. Os poucos destaques vão para o Instituto Nacional do Câncer, que têm divulgado dados relativos ao consumo de tabaco e doenças pelo mesmo causados e para

o Comitê Coordenador de Controle de Tabagismo no Brasil (22), dirigido pelo Professor José Rosemberg e reconhecido internacionalmente pelo *Action on Smoking and Health* norte-americano. Importante citar aqui o livro “Tabagismo - sério problema de saúde pública, 1987” de autoria do Dr. José Rosemberg, o trabalho “Tabagismo e Saúde - Informações para profissionais de saúde - Ministério da Saúde - 1987”, reportando dados estatísticos muito importantes para defesa de interesses difusos em juízo, bem como “Tabagismo e Câncer” e “Alguns Aspectos Marcantes e Pitorescos da Fabulosa Trajetória do Tabagismo”, de 1996, também do Dr. José Rosemberg, também ricos em informações científicas e estatísticas sobre o tabagismo.

III. b.

Da Indenização Por Danos Materiais e Morais, Aos Fumantes Ativos e Passivos.

Para efeitos de indenização dos danos materiais e morais, ao lado das disposições constitucionais sobre saúde e liberdade de consciência, inicialmente tratadas neste cap., encontramos os direitos do consumidor.

Os direitos do consumidor mereceram tratamento especial na Constituição brasileira de 1988, que previu a criação, pelo Congresso Nacional, de um Código de Defesa do Consumidor (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), bem como deu competência legislativa concorrente na matéria ou, em outras palavras, permitiu à União Federal legislar sobre normas gerais e aos Estados e Municípios legislar normas específicas sobre relações de consumo (artigo 24 da Constituição Federal).

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1980, estabelece diversas regras em proteção ao consumidor, com destaque para o artigo 6, em diversos incisos (favor cf. Anexo Legal), que tratam da proteção da vida, saúde e segurança do consumidor contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos, da correta informação sobre os riscos do produto, inclusive com a inversão do ônus da prova. Outros artigos, como o 7º e o 12º do mesmo Código positivam normas para inversão do ônus da prova do defeito do produto, a responsabilidade objetiva do fabricante por defeito de seu produto, etc.

Dos artigos transcritos no Anexo Legal destacamos o direito à vida e à saúde protegidos na Constituição Federal novamente guardados.

A responsabilização do produtor também é clara quando o produto apresentar defeito. No caso do tabaco o defeito apresentado é conter substância química, qual seja a nicotina, cientificamente provada como neuroquímica e funcionalmente alteradora da capacidade de autodeterminação, bem como possuir, também de forma cientificamente provada, entre outras substâncias, hidrocarbonetos cíclicos aromáticos que alteram a atividade do gene humano *P53*, responsável pela contenção no crescimento de células mutantes, acarretando diversos cânceres e doenças, conforme novamente o organismo de cada consumidor. Quanto aos avanços da ciência nessa área, por favor leia o cap. I.

As excludentes da responsabilidade do produtor não se aplicam, pois o produto foi colocado no mercado, os defeitos estão cientificamente provados e, como citado, não há que se falar em culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, em querer fumar por vontade própria, pois a alteração da capacidade de autodeterminação do consumidor é um desvio na manifestação de vontade, não se lhe podendo atribuir culpa exclusiva pelo ato de fumar.

O querer fumar não por vontade própria mas sim por indução do defeito do produto, em termos médicos, não jurídicos, já que a nicotina não está classificada juridicamente como droga no Brasil, como que equipara o fumante ao toxicômano, que em direito é considerado relativamente ou até mesmo absolutamente incapaz, merecendo legislação própria para tratamento e recuperação.

Assim, a incapacidade dos toxicômanos é tratada pelo Decreto-lei n.º 891, de 25 de novembro de 1938, que dispõe nos artigos 27 a 31 da internação e da interdição civil (Anexo Legal).

Vale lembrar novamente que a nicotina não é juridicamente tratada como droga no Brasil, muito embora nos estudos científicos relatados no cap. I seus efeitos neuroquímicos e funcionais sejam comparados aos de substâncias como as anfetaminas e a cocaína, que são juridicamente tratadas como drogas, vendidas sob prescrição médica ou proibidas (9 e 22).

Como já referido no cap. I, a nicotina é uma droga fraca, não é forte como a cocaína, heroína, LSD, p. ex.. Não gera comportamento anti social ou agressivo (com eventuais efeitos na área do Direito Penal), pelo contrário aumenta a sociabilidade de seu usuário, não gerando a necessidade de internação e afastamento da comunidade para desintoxicação, como previsto na legislação específica daquelas drogas.

A nicotina gera, como outras drogas, na grande maioria de seus usuários, dependência química e/ou psicológica, juridicamente aqui traduzida em dano moral: leva seu usuário a agir compulsivamente, sem controle próprio. Nesse sentido, a nicotina não leva seu usuário a praticar atos criminosos, com efeitos penais, como a cocaína, mas tem efeitos civis e relacionados aos direitos do consumidor, pois leva o mesmo a utilizar, mesmo quando advertido, um produto que lhe faz mal à saúde.

É notável também a proteção ao consumidor quando da facilitação de sua defesa, com a fixação do foro na justiça comum do local do dano (domicílio do autor) e a possibilidade de inversão do ônus da prova, cabendo à indústria de fumo provar que seu produto não causou o dano alegado pelo consumidor.

Este dispositivo é muito importante pois a prova a ser produzida, como um exame laboratorial e clínico, conjugado ao exame de profissionais da psicologia e psiquiatria, definirão no caso concreto se o consumidor está dependente psicológica e quimicamente da nicotina, bem como provarão a existência e extensão das alterações orgânicas, como mutações genéticas tendentes aos diversos tipos de câncer ou alterações cardiovasculares, entre outras doenças atribuídas ao fumo, como bronquite crônica e enfisema pulmonar; úlcera do estômago, e outras. Até um exame para mapeamento genético, a exemplo daquele realizado nos estudos científicos descritos, pode e deve ser realizado.

Tais exames são normalmente dispendiosos e, caso a caso, dadas as particularidades do consumidor, seus sintomas aparentes, sua hipossuficiência econômica para custear os exames, e demais regras ordinárias de experiência, o(a) Juiz(a) poderá, inverter a responsabilidade de custear tais exames, normalmente do consumidor, autor da ação, para o fabricante do fumo, réu na ação.

Para sistematizar a matéria: em termos de danos e respectivas indenizações, temos que a nicotina contida no tabaco é juridicamente um defeito que gera um dano moral a ser indenizado, qual seja, a alteração da capacidade de autodeterminação em decorrência da dependência química e/ou psicológica, fazendo com que o consumidor compre a droga para auto dopagem, enquanto que os hidrocarbonetos cíclicos aromáticos e outras substâncias (níquel, cádmio, ácidos, fenoos, cresoes, formalacetaldéidos, arsênico, Polônio 210, etc.) compõe juridicamente outro grupo de defeitos do produto, que geram danos materiais, quais sejam, as alterações orgânicas e/ou genéticas resultantes em diversas doenças, como canceres, doenças do coração, ou até mesmo o maior dos danos, a morte (neste caso extremo de dano material - morte - ocorre outro dano moral, diverso do anteriormente referido, que também deve ser indenizado).

Ainda quanto às indenizações, lembramos que o acordo fechado nos Estados Unidos da América entre os quarenta estados e as maiores indústrias do fumo prevê uma série de regras quanto às pesquisas de nicotina pelas indústrias, bem como a revelação de documentos internos sobre a nicotina e outras substâncias contidas no tabaco.

O conhecimento dos efeitos da nicotina e demais elementos do fumo sobre a saúde humana por parte da indústria são relatados em um livro publicado pela The University of California Press, em 1996. Aliás o livro recebeu muitos elogios da área médica, como C. Everett Koop e David Burns.

O livro “The Cigarette Papers” (24) foi escrito por Staton A. Glantz, Ph.D., John Slade, M.D., Lisa A. Bero, Ph.D., Peter Hanauer, LL.B. e Deborah E. Barnes, B.A., que analisaram algo em torno de quatro mil páginas de documentos confidenciais da indústria de fumo B&W e relatórios de reuniões com outras indústrias, especialmente a BAT, enviados anonimamente ao escritório do Professor Staton A. Glantz, da Universidade da Califórnia, em maio de 1994.

Os documentos que dão base ao livro não são aceitos em juízo por duas razões básicas;

- 1) A possibilidade de terem sido selecionados de maneira tendenciosa, por um ex funcionário da indústria que se faz anônimo, com o objetivo único e exclusivo de prejudicar as indústrias;
- 2) Serem no mais das vezes abertos e inconclusivos, não precisando que ação foi ou deixou de ser tomada pela indústria. Muitos deles são assinados por advogados que

atuavam como gerentes de pesquisas científicas, aconselhando sobre aquelas que deveriam ser executadas e aquelas que deveriam ser abortadas, sem definir quais foram ou não efetivadas (eticamente discutível tal prática).

Mesmo dadas as limitações legais referidas, os autores concluem que:

“Despite these limitations, we are confident about the conclusions we draw from the documents. When lawyers are shown steering away from projects on the addictiveness or health effects of tobacco, we believe we can reasonably conclude that B&W and BAT knew that tobacco is addictive and causes disease,...”...(p. 12)

Não obstante aquelas limitações, estamos certos sobre as conclusões obtidas dos documentos. Quando advogados se afastam dos projetos de pesquisas sobre os efeitos geradores de dependência e maléficos para a saúde, originários do fumo, acreditamos ser razoável concluir que B&W e BAT sabiam que o fumo é gerador de dependência e causador de doenças.

Assim os autores, médicos e advogado, concluem que a indústria do fumo agiu de maneira cínica e fraudulenta no mínimo nos últimos trinta anos, escondendo experimentos laboratoriais e clínicos confidencialmente produzidos e concludentes quanto ao efeito gerador de dependência e causador de doenças da nicotina e outros componentes do tabaco, a fim de mal informar seu consumidor, manter seus lucros, restringir a regulamentação governamental e prevenir riscos de ações judiciais.

O acordo firmado entre os quarenta estados americanos e as cinco maiores indústrias daquele país não prevê futuras indenizações punitivas por danos do passado, como queriam os advogados e procuradores dos quarenta estados, mas prevê a divulgação de documentos internos das indústrias relativos às pesquisas laboratoriais com nicotina e outros elementos e substâncias contidos no fumo, seus efeitos sobre a saúde e comportamento do usuário, bem como na perspectiva de danos ambientais.

Caso fique provado tal conhecimento ocorrerá nova mudança no enquadramento legal do problema, já que o dano moral e material causado não será considerado apenas em seu aspecto objetivo, mas num aspecto muito mais profundo e grave, dada a intencionalidade, ou dolosidade - como referido no Direito Criminal - da conduta empresarial dos produtores de tabaco (25 e 26).

Em outras palavras significaria que a indústria de fumo, mesmo sabendo ter seu produto efeitos neuroquímicos e funcionais de gerar dependência e causar indiretamente alterações mutagênicas no organismo de seu usuário, manteve campanhas publicitárias e expansão de atividades como se nada soubesse, objetivando maiores lucros, em prejuízo da saúde de seu consumidor, de forma intencional, dolosa. Tal intencionalidade, tal dolosidade, agrava a responsabilidade pelo dano moral, gerando o dever de mais indenizar, não só em decorrência do dano psicológico mas também em decorrência do dano moral derivado do dano material.

Juridicamente a prova pode levar a considerar a produção e comercialização de fumo após a descoberta de sua lesividade por parte da produtora como abuso dos direitos alegados pelas mesmas à seu favor.

Os direitos de livre expressão e livre empresa, consagrados nas constituições de diversos países como básicos das civilizações modernas, e escrito e falado milhares de vezes pelos advogados(as) das indústrias, teriam sido exercidos de maneira abusiva pelas mesmas.

Esta configuração jurídica possibilita a aplicação de uma doutrina originária do direito britânico (*Salomon v A Salomon & Co Ltda - 1897 - lifting the veil*) e desenvolvida pelo direito norte americano (*Hanson v. Bradley - piercing the corporate veil*) denominada desconsideração da personalidade jurídica ou doutrina da penetração, no direito brasileiro.

Aqui vale lembrar a particularidade da propriedade do capital do Liggett Group, a menor das cinco maiores multinacionais norte americanas de fumo.

Conforme citado no cap. anterior, o grupo é propriedade majoritária (57%) de um único dono, Mr. Bennett LeBow, sendo muito razoável, sob a doutrina ora analisada, sua atitude aparentemente tresloucada de romper a união das indústrias de fumo e admitir os efeitos geradores de dependência e maléficos, causados pelo fumo: mantém a responsabilidade em reparar os danos na pessoa jurídica, The Liggett Group, impossibilitando a desconsideração da personalidade jurídica do grupo para atingir a responsabilização pessoal do próprio Mr. Bennett LeBow. Admitir a culpa para Mr. LeBow não é suicídio de seu negócio e sim sobre-vida com risco previsível.

Avançando na complexidade e sofisticação jurídica do problema, aproveitamos os ensinamentos do Professor Andreas F. Lowenfeld, da Faculdade de Direito de Nova York:

C. SUING A MULTINATIONAL ENTERPRISE

Throughout the nineteenth and the early part of the twentieth century, courts and legal scholars in the United States and elsewhere struggled with the problem of suing corporations organized under the law of a state other than the forum state. A variety of fictions were adopted and abandoned, based on theories of agency, implied consent, constructive presence, and technical definitions of “doing business”, none intellectually satisfying and some resulting in avoidance of judicial jurisdiction where (by today’s standards) jurisdiction should have been available.

C . PROCESSANDO UMA COMPANHIA MULTINACIONAL

Ao longo dos séculos dezenove e parte do século vinte, tribunais e doutrinadores nos Estados Unidos e outros países enfrentaram o problema de processar corporações organizadas sob a lei de um estado diverso daquele do forum. Uma variedade de ficções foram adotadas e abandonadas, baseadas em teorias de agência, consenso implícito, presença construtiva, e definições técnicas de ‘doing business’, nenhuma satisfatória e algumas resultando no afastamento da jurisdição estatal onde (por padrões atuais) a jurisdição deveria estar disponível.

...

The traditional view in all countries where corporations were common has been that shareholders are not liable beyond the capital they have contributed or promised to contribute. The classic formulation was laid down a century ago by the House of Lords in the famous Salomon case, in which creditors of what was essentially a one-person company sought to pursue their claims against the owner of 20,001 of 20,007 shares.

A visão tradicional em todos os países nos quais as corporações multinacionais estão presentes tem sido que os acionistas não são responsáveis além do capital que tenham contribuído ou prometido contribuir. A clássica formulação foi derrubada um século atrás pela Casa dos Lordes no famoso caso Salomon, no qual credores de uma empresa na

sua essência unipessoal procuraram processar suas queixas contra o proprietário de 20.001 de 20.007 ações.

...

The view that the limited liability of shareholders, introduced to encourage investors to contribute capital to wealth-creating activity, applies also to corporate groups and multinational enterprises is changing in two respects. In terms of substance, the view is gaining ground that an enterprise ought not to be able to avoid liability for activity carried out on its behalf, particularly if a subsidiary is inadequately capitalized or for some other reason is not likely to satisfy claims against the enterprise.

O entendimento no sentido que a responsabilidade limitada dos acionistas, introduzida para encorajar investidores a contribuir com capital para atividades produtivas aplica-se também para grupos corporativos e empresas multinacionais está mudando em dois aspectos. Em termos substantivos, o entendimento está ganhando fundamento no sentido de não permitir à empresa evitar responsabilidades por atividades implementadas sob sua responsabilidade, particularmente se uma subsidiária está inadequadamente capitalizada ou por alguma outra razão não pode satisfazer suas obrigações.

...

Finally, some courts have concluded that the issues of substantive responsibility and amenability to suit should no longer be treated separately in the context of multinational enterprise. Where transnational integration of economic activity is shown and harm is credibly alleged in the forum state, they have held that they would not let the forms of corporate organization stand in the way of adjudication of the question of substantive liability. This is the situation illustrated in *Bulova Watch Co. v. K. Hattori & Co.*, p. 208 infra. (26).

Finalmente, alguns tribunais tem concluído que temas de responsabilidade material e capacidade processual não devem mais ser tratadas separadamente no contexto das empresas multinacionais. Onde a integração transnacional da atividade econômica se expressa e danos são crivelmente alegados no estado fórum, eles tem sustentado que não deixarão as formas de organização societária posicionar-se no caminho da administração da justiça, quanto à questão da responsabilidade material. Esta é a situação ilustrada em *Bulova Watch Co. v. K. Hattori & Co.*, p. 208 infra.

O caso citado trata da disputa de mercado entre a Bulova Watch Co., Inc., uma fabricante e comerciante de relógios de New York, autora da ação, e a K. Hattori & Co., Ltd., uma empresa japonesa possuidora de todas as ações da Seiko Corporation of America (SCA) que, por sua vez possui todas as ações da Seiko Time Corp., Pulsar Time, Inc. e SPD Precision, Inc. todas empresas constituídas sob as leis de New York.

Entre julho e dezembro de 1978 seis membros da direção comercial e executiva da autora, Bulova Watch Co., Inc., deixaram a mesma para trabalhar para Seiko subsidiária ou Seiko distribuidora. Uma série de outras alterações de funcionários de alta direção da autora para as diversas outras empresas rés - Pulsar Time, Inc. e SPD Precision, Inc ocorreram nos meses seguintes.

O esvaziamento de sua direção e a perda de mercado levou a conclusão por parte da autora que as diferentes empresas que estavam contratando seus antigos diretores não estavam agindo isoladamente, mas sim recebendo ordens e executando planos de contratação combinados com a apropriação de segredos empresariais, em uma estratégia visando subtração de mercado e destruição de reputação. Tal atuação conjunta teve sua autoria atribuída à empresa controladora das demais, a japonesa K. Hattori & Co., Ltd.

A questão era como fazer para submeter a empresa japonesa K. Hattori & Co., Ltd., que não estava fisicamente no território americano, nem mantinha negócios em nome próprio naquele estado, à justiça americana.

A tarefa parecia muito difícil juridicamente, mesmo sob o sistema da *common law*, ou direito consuetudinário americano.

Do caso citado relevantes as seguintes passagens do raciocínio jurídico desenvolvido pelo Juiz Weinstein (*Chief Judge*):

“To any layman it would seem absurd that our courts could not obtain jurisdiction over a billion dollar multinational which is exploiting the critical New York and American markets to keep its home production going at a huge volume and profit. This perception must have a bearing on our evaluation of fairness. The law ignores the common sense of a situation at the peril of becoming irrelevant as an institution.” (pg. 208)

...

Para qualquer leigo pareceria absurdo que nossos tribunais não pudessem administrar justiça sobre uma multinacional bilionária que está dilapidando um crítico mercado novaiorquino e americano para manter sua produção doméstica elevada e lucrativa. Esta percepção deve estar presente em nossa avaliação de justiça. O direito que ignora o senso comum de uma situação está perigosamente posicionado a se tornar irrelevante como uma instituição.

...

“Hattori and its American subsidiaries do maintain some independence - about as much as the egg and vegetables in a western omelette. Just as, from a culinary point of view, we focus on the ultimate omelette and not its ingredients, so, too, from a jurisdictional stand-point, it is the integrated international operations of Hattori affecting activities in New York that are the primary focus of our concern.” (pg. 213)

...

Hattori e suas subsidiárias americanas mantem certa independência - tanto quanto os ovos e os vegetais em um omelete do oeste. Assim como de um ponto de vista culinário nós nos detemos no omelete pronto e não em seus ingredientes, de um ponto de vista jurisdicional os efeitos das atividades das operações internacionais da Hattori em New York são nosso principal foco de atenção.

...

“What is decisive is that at the time this complaint was filed, Hattori, through its American subsidiaries, continued to engage in the market penetration and expansion that are its corporate raison d’etre and that are the grounds underlying this action. We have no doubt about the validity of an ‘inference as to the broad scope of the agency’ linking Hattory to the activities of its subsidiaries in New York.” (pg. 214)

...

O que é decisivo é que ao tempo que esta inicial deu entrada, Hattori, por meio de suas subsidiárias americanas, continuou a penetrar no mercado e expandir atividades próprias de seu objeto social e que dão as bases para esta lide. Nós não temos dúvidas sobre a validade da ‘inferência do amplo objetivo da agência’ unindo Hattory às atividades de suas subsidiárias em New York.

O caso que pode ocorrer perante o Poder Judiciário brasileiro é até mais grave que o citado, pois lá o bem a ser juridicamente protegido era o mercado de relógios

conquistado legitimamente pela empresa americana e tomado fraudulentamente pela japonesa, via subsidiárias, aqui é a saúde humana de centenas de milhares de brasileiros que está em risco, orgânica e psicologicamente, ao longo de um tempo disforme, de anos ou décadas, por empresas brasileiras agindo orquestradamente sob o comando de empresas multinacionais.

Acompanhando o raciocínio jurídico do Juiz Weinstein, de forma semelhante ao ocorrido no caso citado, enquanto nós começamos a travar contato com o problema do tabagismo aqui no Brasil, a Souza Cruz S/A, que faz parte do grupo B.A.T., multinacional britânica, anuncia a abertura de uma nova fábrica no Rio Grande do Sul, em evidente implementação do objeto social da controladora, em suas atividades operacionais internacionais, num ambiente que lhe é hostil em seu país de origem.

Acompanhando o raciocínio jurídico do Professor Andreas F. Lowenfeld, danos foram crivelmente alegados nos Estados Unidos, estado fórum da Philip Morris Products, Inc., que aceitou o acordo anteriormente referido. A integração transnacional da atividade econômica está expressa em suas atividades com a Philip Morris do Brasil S/A. A conclusão, segundo a doutrina analisada, é considerar a Philip Morris do Brasil S/A como uma extensão da Philip Morris Products, Inc. para efeitos do conhecimento e julgamento da responsabilidade material.

Aliás o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, orgulho jurídico nacional (28), já prevê expressamente esta possibilidade no artigo 28, que segue transcrito no Anexo Legal.

O efeito prático, para os demandantes brasileiros e de outros países, da desconsideração da personalidade jurídica das subsidiárias das indústrias de fumo, se e quando ocorrer, é a possibilidade de atingir o patrimônio da empresa estrangeira, matriz, supervisora, licenciadora, para efeitos de indenização.

A caracterização da culpa da coligada não é condição sem a qual a doutrina citada fica obstada, pois a formulação do tabaco é resultado de pesquisas produzidas muitas vezes fora do território de produção e comercialização, por empresas que licenciam a fórmula para ser industrializada por diversas outras empresas, coligadas a ela ou não, em diversos outros países no mundo todo. Aliás uma variedade da planta de fumo (denominada Y-1)

foi desenvolvida e cultivada nos Estados Unidos, Honduras e Brasil, com maior teor de nicotina, conforme Depósito da Brown & Williamson Tobacco Corporation US perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial n.º PI 9203690A cujo resumo é: “*variedade de fumo geneticamente estável e planta de fumo, tendo características agronômicas e morfológicas que se assemelham intimamente à variedade de fumo SC 58, porém tendo um teor de nicotina substancialmente maior. O teor de nicotina da folha é geralmente de cerca de 6% ou maior.*” (data da publicação 06/04/93 - RPI 1166, grifos nossos).

Assim, p. ex., a empresa americana Phillip Morris Products Inc., USA, licencia a produção para a empresa brasileira Phillip Morris do Brasil S/A de diversas composições diferentes de tabaco, em diversas marcas. As empresas do The Liggett Group, Inc., Brown & Williamson Tobacco Corporation USA, R.J. Reynolds Tobacco Co. também têm contratos de licença e supervisão de diversas marcas de cigarros no mercado brasileiro. Vale notar ainda que a Souza Cruz S/A, do grupo B.A.T., britânico, produz sob licença deste seus diversos tipos de fumo.

Os contratos de licença ou supervisão para industrialização de diversas marcas de fumo no mercado brasileiro, firmados entre as empresas citadas, provavelmente têm como base o direito norte americano ou britânico, ou seja o direito consuetudinário.

No direito norte americano, p. ex., o licenciador tem o dever de exercer real controle sobre a qualidade dos produtos e serviços oferecidos sob sua marca a fim de proteger o consumidor, assumindo que os produtos e serviços oferecidos pelo licenciado são da mesma qualidade dos seus. Tal controle de qualidade já foi objeto de discussão judicial diversas vezes nos Estados Unidos, sendo exemplificativo o caso *Philip Morris, Inc. v. Imperial Tobacco Co.* (29).

Parece ser este o caso entre a Philip Morris do Brasil S/A e a Philip Morris Products, Inc., entre outros contratos de licença com The Liggett Group, o mesmo que admitiu que seu produto é gerador de dependência e causador de doenças, deixou o grupo das indústrias de fumo para fechar um acordo com os consumidores, marco histórico no setor. Chegamos a outra curiosa situação jurídica: de um produto com defeito garantido - conter nicotina e outras drogas.

No direito britânico, por sua vez, a empresa quando dentro de um grupo pode ser identificada com a própria controladora daquele grupo. Assim disse Lord Denning MR:

(30)...“...we all know that in many respects a group of companies are treated together for the purpose of general accounts, balance sheet and profit and loss account. They are treated as one concern... This is especially the case when a parent company owns all the shares of the subsidiary - so much so that it can control every movement of the subsidiaries. These subsidiaries are bound hand and foot and must do just what the parent company says.” .

...“...todos nós sabemos que em muitos aspectos um grupo de empresas é tratado como um só para efeitos de contabilidade, balanço, lucros e prejuízos. Elas são tratadas como um centro de interesses... Este é especialmente o caso quando uma companhia controladora detém todas as ações de uma subsidiária - tanto que ela pode controlar cada movimento das subsidiárias. Essas subsidiárias estão de mãos e pés atados e devem apenas fazer o que a controladora determina.” (p. 10)

Parece ser este o caso entre a Souza Cruz S/A e a da B.A.T., britânica, entre outros contratos de licença com a Brown & Williamson Tobacco Corporation USA e R.J. Reynolds Tobacco Co., os quais podem ser analisados sob a doutrina apresentada e analisada para a relação contratual entre Philip Morris Products Inc. e a Philip Morris do Brasil S/A.

Sistematizando a questão da descon sideração da personalidade jurídica: Se o patrimônio das empresas brasileiras não for suficiente para pagar as condenações fixadas em decisões judiciais que virão, muito razoável é o entendimento no sentido de ter sido a personalidade jurídica das empresas subsidiárias, licenciadas e/ou supervisionadas utilizadas para produção e comercialização de uma droga que gerou danos intencionalmente, em evidente abuso dos direitos de livre expressão e livre empresa, sendo consequência jurídica própria a descon sideração da personalidade jurídica dessas para responsabilizar também a matriz, supervisionadora, licenciadora, atingindo seu patrimônio para efeitos de pagamento das indenizações.

Dada a maioria dos consumidores de tabaco serem de pouca instrução e renda, normalmente não terão recursos para custear despesas processuais e honorários, sendo aconselhável aos advogados(as) requererem a concessão de gratuidade das custas, inversão do ônus da prova, tutela antecipada (31) para tratamento da saúde do cliente/paciente e contratação de honorários sobre o êxito da demanda. Aqui vale

lembrar as disposições do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e o respectivo Código de Ética, quanto a natureza e remuneração dos serviços advocatícios.

Quanto à defesa de interesses difusos dos consumidores de fumo em juízo, encaminhei em setembro de 1997 uma representação ao PROCON/SP para que o mesmo, após procedimento administrativo adequado, mova uma ação civil pública visando resguardar os direitos dos consumidores do produto com defeito - produtos do tabaco - nos limites territoriais do Estado de São Paulo.

III. c. Dos Danos Materiais e Morais da União Federal, Estados Membros, Distrito Federal e Municípios.

Ainda, União Federal, os Estados Membros, Distrito Federal e Municípios, embora não sejam consumidores, sofreram gastos indevidos em saúde pública para tratamento das doenças do fumo originárias e têm também direito de requerer judicialmente, em nome próprio, o reembolso dos gastos efetivados nos últimos vinte anos em seus respectivos sistemas de saúde, bem como os gastos que no futuro venham a incorrer.

Na seqüência do raciocínio lógico jurídico anteriormente adotado, aqui também é passível de ser aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica pois, muito embora a União Federal tenha cobrado bilhões em Imposto Sobre Produtos Industrializados, Imposto de Renda e tributos reflexos sobre a produção e comercialização do tabaco e os Estados Membros e Distrito Federal tenham cobrado também milhões em Imposto sobre Circulação de Mercadorias, e os Municípios tenham cobrado taxas diversas (favor cf. alíquotas no próximo cap.), não havia prova científica conclusiva sobre a nocividade do produto, bem como o poder público, em sua relação para com a direção das indústrias, no registro de suas empresas nas Juntas Comerciais, controle dos Ministérios das Comunicações, Saúde e Justiça, as tratava considerando que estavam de boa fé, dentro de seu direito constitucionalmente garantido à livre expressão e livre empresa, produzindo e comercializando um produto que alegavam inofensivo à saúde de seu consumidor, o que, ao que tudo indica, pode não ser verdade. Vários Municípios brasileiros, por sua vez, legislaram concorrentemente em defesa da saúde pública, restringindo o fumo em bares, restaurantes e áreas públicas, sob pressão do *lobby* das indústrias, que alegava seu direito constitucional de livre expressão e livre empresa.

Caracterizada a omissão intencional da informação por parte das indústrias de tabaco subsidiárias, licenciadas e supervisionadas em suas tratativas junto aos poderes públicos, cabe desconsiderar a personalidade jurídica das mesmas a fim de atingir o patrimônio das empresas matrizes, licenciadoras e supervisionadoras, somando-se as suas participações acionárias ou contratuais na empresa brasileira ao montante de recursos dessa destinados às indenizações à União Federal, aos Estados Membros, Distrito Federal e Municípios, inclusive quanto aos danos morais das pessoas jurídicas de direito público.

Sim, a União Federal, os Estados Membros, Distrito Federal e os Municípios são passíveis de sofrerem danos morais. Enganar ou omitir informações relevantes para aquelas pessoas jurídicas de direito público não é enganar uma abstração jurídica isoladamente considerada, é enganar ou omitir informações para o consumidor, eleitor e cidadão, que delegou poderes e pagou tributos para aquelas pessoas jurídicas de direito público exercerem as funções próprias do poder público - entre as quais a preservação da saúde - em seu nome.

Esse valor, o interesse público pela saúde, individual e coletivamente considerada, compõe um importante aspecto imaterial da personalidade jurídica da União Federal, dos Estados Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, merecendo uma reparação específica, à parte do reembolso material das despesas incorridas na rede pública de saúde para custear os tratamentos das doenças causadas pelo tabagismo.

Como avaliar o dano moral dos poderes públicos?

A avaliação é muito abstrata e variante em termos financeiros, sendo mais adequado impor às indústrias o financiamento e a execução, por recursos próprios e sem dedução tributária alguma dos valores alocados, de campanhas de saúde - planejadas e supervisionadas pelo Governo e representantes de associações de vítimas - objetivando educar os jovens a não fumar, bem como psicoterapia e farmacoterapia combinadas aos fumantes que desejarem parar de fumar (9).

Ainda, dezenas de milhares de pessoas por muitos anos empregadas na plantação, colheita, industrialização, distribuição, e comercialização do tabaco e seus produtos deixarão, a médio e longo prazos, de terem ocupação nesse setor, sendo necessário impor às indústrias, dentro da condenação por danos morais à União, Estados Membros, Distrito Federal e Municípios, um programa de treinamento e recolocação daqueles

agentes econômicos, conforme suas aptidões e interesses, em outras atividades produtivas.

Tais considerações estão de acordo não só com o ordenamento jurídico, mas também com as modernas técnicas de administração empresarial, focadas na ética dos negócios (32) e na ética empresarial (33).

Aliás, dadas as características do sistema de saúde brasileiro (160 milhões de pessoas, com 40 milhões assistidos pelos planos de saúde e 120 milhões de pessoas que dependem da assistência pública), os convênios e seguros-saúde não cobrem, na sua grande maioria, despesas de tratamentos mais prolongados, próprios de doenças crônicas, como muitas das causadas pelo fumo, inclusive sua dependência. Assim, tratamentos para bronquite crônica, quimio/radioterapia para cânceres, tratamento para enfisema pulmonar, terapia psicológica da dependência, etc., não são cobertos, muitas vezes, pelos planos de saúde, restando ao consumidor custeá-los ou ao Estado, em suas esferas federal, estadual e municipal, na rede pública de saúde. Nesse segmento, estudos ainda não publicados que estão sendo realizados pela Fundação Getúlio Vargas à pedido do Instituto Nacional do Câncer indicam que para cada R\$ 1,00 gerado em arrecadação tributária pela indústria do fumo o país perde algo em torno de R\$ 1,50 em tratamento de saúde, mortes, e baixa produtividade. Tais dados confirmam a necessidade e justiça da condenação por danos morais aos órgãos públicos.

Nesse sentido, encaminhei, em setembro de 1997, petições ao Excelentíssimo Senhor Prefeito do Município de São Paulo, ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de São Paulo, ao Excelentíssimo Senhor Governador do Distrito Federal, e ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República Federativa do Brasil, todas as petições instruídas com “Tabagismo e o Direito”.

III. d. Dos Danos Materiais das Pessoas Jurídicas Públicas e Privadas, Com ou Sem Fins Lucrativos, Decorrentes do Tabagismo.

As pessoas jurídicas públicas e privadas, com ou sem fins lucrativos, que tenham por objeto a manutenção de hospitais, clínicas de tratamento e repouso, planos de saúde individual e coletivo, etc., e que tenham incorrido em gastos com tratamento de doenças

relacionadas ao tabagismo nos últimos vinte anos tem direito a pleitear judicialmente a respectiva indenização contra as indústria de fumo.

É importante ressaltar que existem muitas empresas privadas que prestam serviços de saúde para milhares de trabalhadores em grandes empresas públicas e privadas que se encontram naquela posição, sendo mais crítica a posição daquelas que cuidam da saúde dos trabalhadores de menor renda e cultura, como os trabalhadores da indústria, caminhoneiros, estivadores, tecelagens, entre outras, mais suscetíveis às doenças da epidemia tabágica em decorrência de suas particularidades sócio-econômicas. Vale destacar ainda que os trabalhadores que atuam com asbesto (reservas brasileiras em Minas Gerais e Bahia) e fumam estão sob risco maior de contrair doenças relacionadas ao tabagismo, sendo claro que as empresas que prestam serviços médicos e hospitalares à tais trabalhadores suportaram e suportarão gastos também ao tabagismo relacionados.

Nesse sentido vale observar a experiência norte americana das fundações provedoras de saúde dos sindicatos, ou *trade union health-care trust funds* dos estados de Arizona, Califórnia, Connecticut, Hawaii, Illinois, Indiana, Iowa, Kentucky, Louisiana, Maryland, Massachusetts, New York, Ohio, Oregon, Rhode Island e Washington, que já entraram com ações judiciais visando recuperar despesas com tratamento das doenças relacionadas à epidemia tabágica.

Ainda, no Brasil existem algo em torno de 2.600 associações civis sem fins lucrativos, denominadas “Santas Casas”, que se encontram na mesma posição jurídica.

Capítulo IV

O Tabaco Brasileiro

IV. a. Considerações Gerais

O tabaco já era utilizado pelos indígenas que aqui habitavam antes mesmo do descobrimento do Brasil, para fins medicinais e rituais mágico-religiosos.

Desconsiderando produções anteriores, dada a pequena relevância econômica que representaram, a produção da matéria-prima no Brasil só passou a ter expressão nacional com a criação, em 1918, do denominado Sistema Integrado de Produção de Fumo, na região sul do país, nos estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, melhor atendendo ao crescente mercado interno brasileiro.

Novo marco na produção nacional ocorreu na década de 1970, com a ampliação do parque industrial e a crescente exportação do produto. O Sistema Integrado foi fortalecido, com assistência técnica e financeira das indústrias aos agricultores.

Atualmente a produção brasileira está por volta de 450.000 toneladas de tabaco por ano.

Os fumicultores brasileiros estão organizados na AFUBRA - Associação dos Fumicultores do Brasil, localizada na Rua Júlio de Castilhos, 1031, Santa Cruz do Sul/RS - Brasil (32).

Em dados de 1996, disponibilizados pela AFUBRA, o consumo interno brasileiro, em quantidade de maços de cigarros, somava a impressionante cifra de 6.020.000.000. Considerando que o país conta com 30,6 milhões de fumantes obtemos uma média de 197 maços por fumante, por ano, ou 0,5 maço por fumante, por dia.

Em termos de produto industrializado, os cigarros produzidos no Brasil e disponíveis no mercado interno tem como ingredientes básicos a mistura de fumos, açúcares, papel de cigarros, extratos vegetais e agentes de sabor. Tais ingredientes são combinados de maneiras diversas, dando origem a diversas variedades de fumo, com concentrações diferentes de nicotina, alcatrão e monóxido de carbono, bem como diferentes sabores e aromas.

As exportações representam 13% do faturamento total das indústrias que aqui operam, sendo que 60% do volume produzido no Brasil é exportado. Aliás, em termos de exportação, desde 1993 o país mantém a posição de maior exportador mundial de fumos (em volume). A repercussão na pauta de exportações brasileira é de algo em torno de 2,5%. A atividade emprega, direta e indiretamente, no Brasil, 2,5 milhões de pessoas.

A tributação direta é a seguinte (favor ler cap. I. d., p. 16):

Imposto Sobre Produtos Industrializados - 41,25%
Imp. S. Circulação de Mercadorias e Serviços - fase indústria - 22, 18%
Imp. S. Circulação de Mercadorias e Serviços - fase varejo - 2,82%
taxa de fiscalização federal, ou selo de controle - 4,04%
COFINS - Contribuição para o Financiamento da Seguridade - 2,00% (está em tramitação no Congresso um aumento da alíquota para 20%)
PIS - Programa de Integração Social - 0,90%

A tributação não se limita aos itens citados, pois ainda são cobrados encargos sociais, imposto de renda sobre o lucro das indústrias, taxas estaduais e municipais diversas.

Em termos de distribuição da renda do cigarro, a mesma está assim configurada (1995):

Tributos diretos - 73,55%;
Margem das indústrias - 15,17%;
Margem do varejo - 8,45%;
Fumicultor - 2,83%.

IV. b. Considerações Específicas

Os dados devidamente interpretados revelam um problema complexo, tanto do ponto de vista jurídico, como econômico, como de saúde. Vale lembrar novamente, para não perder a visão de conjunto, que o bem jurídico a ser preservado é a vida e a saúde de centenas de milhares de consumidores, ao longo de décadas, e não situações jurídica, econômica, ou politicamente confortáveis, para este ou aquele grupo produtivo ou ainda político (o Brasil está em uma posição muito especial, pois ganha divisas via exportação de fumo, com tendência de aumento das exportações e fortalecimento de sua liderança na posição de líder mundial em volume).

Interessante notar também uma relação diretamente proporcional entre a estabilização econômica brasileira, gerada pelo Plano Real, com o maior consumo interno de cigarros, não obstante o aumento do preço médio unitário do maço, em dólares, no período analisado, entre 1994 e 1996.

A análise macroeconômica dos resultados do setor geram uma preocupação adicional em termos de saúde pública, pois as classes sociais mais favorecidas com o Plano Real foram as de menor poder aquisitivo, sendo lógica a conclusão no sentido que elas estão consumindo mais cigarros e terão maiores taxas de câncer e outras doenças relacionadas ao uso do tabaco no futuro. Tal conclusão tem apoio em estatísticas do Banco Mundial (que aliás alterou sua política de concessão de financiamentos, deixando de financiar o fumo) muito representativas: aumento de 10% na renda de países pobres aumentou o consumo de cigarros em 7%, enquanto que países ainda mais pobres que tenham o mesmo aumento de renda de 10% geram um consumo de 13%.

IV. c. Fabricantes dos Produtos com Defeitos

No Brasil existem onze empresas que produzem cigarros, fumo e derivados, atendendo ao mercado interno e exportando.

Duas são as empresas que lideram o mercado: Souza Cruz S/A e Philip Morris do Brasil S/A, ambas empresas de conglomerados multinacionais.

A seguir são listados os produtos, composições e preços das maiores fabricantes (composição mencionada nas embalagens e conferida no atendimento telefônico 0800 ao consumidor).

Líder do mercado brasileiro, a SOUZA CRUZ S/A (do grupo BAT Industries, favor ler cap. II sobre essa multinacional), representa 18% das vendas mundiais do grupo BAT no segmento fumo.

A empresa divulgou em agosto de 1997 suas Demonstrações Financeiras do Semestre Findo em 30 de junho de 1997, apontando um lucro líquido, pelo método da correção monetária integral, 97,6% superior ao de igual período do ano anterior, aumentando sua participação no mercado nacional para 83,7%.

Em dezembro de 1996 a empresa inaugurou o maior processador de fumo do mundo, na cidade de Santa Cruz do Sul (RS), com capacidade para processar 120 mil toneladas anuais de folha de fumo. Sua atual produção está centrada em São Paulo (SP) e Uberlândia (MG), bem como na nova e maior fábrica de cigarros do Brasil, recém inaugurada no Estado do Rio Grande do Sul, na cidade de Cachoeirinha, com investimentos entre R\$ 580 milhões e R\$ 860 milhões ao longo de oito anos e capacidade de produção anual, ao término do período, de 100 bilhões de cigarros.

Está inscrita no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda sob nº 33.009.911/0001-39 e tem sua sede na Rua Candelária, 66, 20092-900, Rio de Janeiro - RJ, fabricando os seguintes produtos com defeitos:

FREE BOX baixo teor de nicotina (classe D), alcatrão 7 mg, nicotina 0.7 mg, monóxido de carbono (CO) 8 mg. **FREE SLIMS** baixo teor de nic. (classe E), alc. 8 mg, nic. 0.7 mg CO 10 mg. **FREE 1ONE** (classe D), alc. 1 mg, nic. 0,1 mg, CO 1 mg. **FREE KS** (classe D), alc. 7 mg, nic. 0.7 mg, CO 8 mg. **FREE baixo teor de nic.** (classe D), alc. 5 mg, nic. 0.5 mg, CO 7 mg. É a marca mais vendida pela empresa.

HOLLYWOOD filter box extra quality (classe D), alc. 14 mg, nic. 1.0 mg, CO 15 mg. **HOLLYWOOD** (classe D), alc. 14 mg, nic. 1.0 mg, CO 15 mg. **HOLLYWOOD lights** (classe D), alc. 8 mg, nic. 0.6 mg, CO 10 mg.

MINISTER KS e box (classe F), alc. 14 mg, nic. 0,9 mg, CO 14 mg.

CARLTON KS (classe E), alc. 11 mg, nic. 0.9 mg, CO 12 mg, produzidos sob licença da B.A.T. **CARLTON LOW TAR** (classe E), alc. 8 mg, nic. 0.7 mg, CO 10 mg, produzidos sob licença da B.A.T.

CHARM FILTRO DE LUXO E FILTER BOX (ambos classe F), alc. 11 mg, nic. 0.8 mg, CO 11 mg.

CAPRI (classe G), alc. 8 mg, nic. 0.7 mg, CO 7 mg, produzidos sob supervisão da Brown & Williamson Tobacco Corporation USA.

LUCKY STRIKE (classe E), alc. 14 mg, nic. 1.0 mg, CO 15 mg, produzidos sob licença da Brown & Williamson Tobacco Corporation USA.

CAMEL (classe E), alc. 14 mg, nic. 1.1 mg, CO 15 mg, produzidos sob licença de R.J. Reynolds Tobacco Co.

JOHN PLAYER SPECIAL KS (classe F), alc. 14 mg, nic. 1,0, CO 15 mg.

DERBY suave (classe A), alc. 11mg, nic. 0.9 mg, CO 11 mg. **DERBY filtro** (classe A), alc. 13 mg, nic. 1.0 mg, CO 15 mg. **DERBY KS** (classe A), alc. 15 mg, nic. 1.1 mg, CO 15 mg.

CONTINENTAL KS (classe D), alc. 15 mg, nic. 1.1 mg, CO 15 mg.

PLAZA KS e slims (ambos classe C), alc. 13 mg, nic. 1,0 mg, CO 14 mg.

BELMONT KS (classe C), alc. 15 mg, nic. 1,1, CO 15 mg.

A segunda maior indústria brasileira é a Philip Morris Marketing S/A, respondendo por cerca de 15% do mercado nacional.

Está inscrita no Cadastro Geral de Contribuintes sob n.º 50.684.117/0001-00, tem sede localizada à Rua Professor Manoelito Ornelas, 303, 04719-910, São Paulo - SP, e fabrica os seguintes produtos com defeitos:

MARLBORO box (classe E), alcatrão 14 mg, nicotina 1,2 mg, monóxido de carbono (CO) 15 mg, produzidos sob licença de Phillip Morris Inc. **MARLBORO LIGHTS lowered tar & nicotine** (classe E), alc. 8 mg, nic. 0.8 mg, CO 10 mg, produzidos sob licença de Phillip Morris Inc. **MARLBORO filter cigarettes**, alc. 14 mg, nic. 1,2 mg, CO 15 mg, produzidos sob licença de Phillip Morris Inc.

GALAXY ultra lights (classe E), alc. 5 mg, nic, 0.5 mg, CO 6 mg, produzidos sob licença de Phillip Morris Inc. **GALAXY flip-top** (classe F), alc. 1 mg, nic. 0,1 mg, CO 2 mg. **GALAXY air filter flip-top** (classe E), alc. 7 mg, nic. 0,7 mg, CO 9 mg. **GALAXY air filter king size** (classe E), alc. 7 mg, nic. 0.7 mg, CO 9 mg, produzidos sob licença de Phillip Morris Inc. **GALAXY super longs slims** (classe E), alc. 8 mg, nic. 0,8 mg, CO 10 mg.

DALLAS KS extra suave (classe A), alc. 11 mg, nic. 0,9 mg, CO 13 mg. **DALLAS KS suave** (classe A), alc. 13 mg, nic. 1.0 mg, CO 15 mg. **DALLAS KS** (classe A), alc. 15 mg, nic. 1.1 mg, CO 16 mg.

L&M BOX lights (classe D), alc. 8 mg, nic. 0.8 mg, CO 11 mg, produzidos sob licença do Liggett Group, Inc. **L&M LIGHTS** (classe C), alc. 8 mg, nic. 0.8 mg, CO 11 mg, produzidos sob licença do Liggett Group, Inc.

BENSON & HEDGES 100's menthol (classe F), alc. 14 mg, nic. 1.2 mg., CO 15 mg. **BENSON & HEDGES 100's** (classe F), alc. 14 mg, nic. 1.2 mg, CO 15 mg, produzidos sob licença de Phillip Morris Inc.

PARLIAMENT (classe E), alc. 14 mg, nic. 1.2 mg, CO 15 mg. **PARLIAMENT lights** (classe E), alc. 10 mg, nic. 0.9 mg, CO 10 mg, produzidos sob licença de Phillip Morris Inc.

LARK (classe B), alc. 15 mg, nic. 1.2 mg, CO 17 mg, produzidos sob licença do Liggett Group, Inc.

CHANCELLER (classe F), alc. 16 mg, nic. 1.2 mg, CO 16 mg.

LUXOR (classe C), alc. 16 mg, nic. 1,2 mg, CO 16 mg.

PALACE (classe C), alc. 15 mg, nic. 1,2 mg, CO 16 mg.

MUSTANGUE (classe B), alc. 16 mg, nic. 1,2 mg, CO 16 mg.

As outras empresas fabricantes do produto com defeito, de menor porte, que atuam regionalmente no mercado brasileiro são as seguintes, por ordem decrescente de receita operacional líquida, em valores comparativos de dezembro de 1995:

Universal Leaf Tabacos, BR-471, Km 49 - Caixa Postal 495, CEP 96.835-640, Distrito Industrial - Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul.

Boettcher Wartchow, também do Rio Grande do Sul.

Cacique, de Alagoas.

Rio Grande Tabacalera, do Rio Grande do Sul.

Cibrasa Tabacos, do Rio de Janeiro.

Fumageira, **Amerino Portugal**, e **Dannemann**, as três da Bahia.

Sudan, de São Paulo.

O preço de venda no mercado de varejo brasileiro é definido por classes grafadas nos selos de controle de cada maço:

Classe A (R\$ 1,10); Classe B (R\$ 1,25); Classe C (R\$ 1,40); Classe D (R\$ 1,60); Classe E (R\$ 1,80); Classe F (R\$ 2,20); Classe G (R\$ 2,50);

Conclusões

Os estudos científicos produzidos pelos cientistas Francesco E. Pontieri, Gianluigi Tanda, Francesco Orzi e Gaetano Di Chiara, no trabalho “*Effects of nicotine on the nucleus accumbens and similarity to those of addictive drugs*” (Efeitos da nicotina no nucleus accumbens e similaridade com drogas que viciam), (2), bem como Mikhail F. Denissenko, Annie Pao, Moon-shong Tang e Gerd P. Pfeifer, no trabalho “*Preferential Formation of Benzo[a]pyrene Adducts at Lung Cancer Mutational Hotspots in P53*” (Formação preferencial de concentrações de benzo[a]pireno em agrupamentos do gene *P53* no câncer de pulmão), (4), proporcionam juridicamente o nexo causal necessário entre o consumo do fumo, a geração de sua dependência química e/ou psíquica e danificação orgânica em seu usuário.

As indústrias de fumo devem responder pelos danos materiais e morais causados aos seus consumidores, fumantes ativos e passivos. Os danos materiais a ser indenizados são decorrentes das lesões físicas em termos de saúde orgânica do consumidor, avaliáveis por exames laboratoriais e clínicos. Os danos morais a ser indenizados são originários dos efeitos neuroquímicos e funcionais produzidos pela nicotina e suas conseqüências no comportamento do consumidor, avaliáveis por profissionais das ciências biomédicas e psicológicas, bem como da repercussão psicológica das doenças orgânicas, aqui denominado dano moral derivado do material.

União Federal, Estados Membros, Distrito Federal e Municípios tem direito a ser reembolsados dos gastos incorridos no tratamento das doenças relacionadas ao fumo nos últimos vinte anos, na rede pública de saúde, bem como reparação ao dano moral causado pelas indústrias de fumo ao interesse público pela saúde coletiva, e respectivas despesas futuras.

Empresas públicas e privadas, com ou sem fins lucrativos, que tenham por objeto social o tratamento de saúde também devem pleitear em juízo o reembolso dos custos incorridos nos últimos vinte anos e despesas futuras no tratamento das doenças relacionadas à epidemia tabágica.

A prova estatística é adequada para defesa dos interesses difusos dos consumidores, da União Federal, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios e das empresas públicas e privadas que tratam das doenças relacionadas à epidemia tabágica. A prova laboratorial, via mapeamento genético e exames específicos para cada doença e cada paciente é a adequada para defesa de interesses individuais em juízo.

Anexo Legal

Dispositivos da Constituição Federal da República Federativa do Brasil:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

VI - é inviolável a liberdade de consciência e ...

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, ...

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

Dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1980:

Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da **vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;**

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os **riscos que apresentem**;

IV - a proteção contra a **publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais**, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

VI - a efetiva prevenção e **reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos** e difusos;

VII - o **acesso aos órgãos judiciários e administrativos**, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a **facilitação da defesa** de seus direitos, inclusive com a **inversão do ônus da prova**, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência;

Art. 7º - Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Art. 12 - O **fabricante**, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, **independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por **defeitos** decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, **fórmulas**, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por **informações insuficientes** ou inadequadas sobre sua utilização e **riscos**.

§ 1º - O **produto é defeituoso** quando **não oferece a segurança** que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o **uso** e os **riscos** que **razoavelmente dele se esperam**;

III - a época em que foi colocada em circulação.

§ 2º - O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º - O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 28 - **O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito**, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º - (Vetado)

§ 2º - As **sociedades integrantes dos grupos societários** e as **sociedades controladas** são **subsidiariamente responsáveis** pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 3º - As **sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis** pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 4º - As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º - Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Dispositivos do Decreto-lei n.º 891, de 25 de novembro de 1938, que dispõe nos artigos 27 a 31 da internação e da interdição civil:

Art. 27 - A toxicomania ou a intoxicação habitual, por substâncias entorpecentes, é considerada doença de notificação compulsória, em caráter reservado, à autoridade sanitária local.

Artigo 28 - Os **toxicômanos** ou os **intoxicados habituais**, por entorpecentes, por inebriantes em geral, ou bebidas alcoólicas, são passíveis de internação obrigatória ou facultativa por tempo determinado ou não.

Art. 30 - A simples internação para tratamento bem como interdição plena ou limitada, serão decretadas por decisão judicial, pelo tempo que os peritos julgarem conveniente segundo o estado mental do internado.

§ 5º - A internação limitada importa na equiparação do interdito aos relativamente incapazes, assim como a interdição plena o equipara aos absolutamente incapazes respectivamente na forma dos artigos 6º e 5º do Código Civil.

Para regular o § 4º, do artigo 220 da Constituição Federal foi editada a Lei federal n.º 9.294, de 15 de julho de 1996, cujas disposições são as seguintes.

Art. 1º O uso e a propaganda de produtos fumíferos, derivados ou não do tabaco, de bebidas alcoólicas, de medicamentos e terapias e de defensivos agrícolas estão sujeitos às restrições e condições estabelecidas por esta Lei, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal.

Art. 2º É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo, privado ou público, salvo em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente.

§ 1º Incluem-se nas disposições deste artigo as repartições públicas, os hospitais e postos de saúde, as salas de aula, as bibliotecas, os recintos de trabalho coletivo e as salas de teatro e cinema.

§ 2º É vedado o uso dos produtos mencionados no “caput” nas aeronaves e veículos de transporte coletivo, salvo quando transcorrida uma hora de viagem e houver nos referidos meios de transporte parte especialmente reservada aos fumantes,

Art. 3º A propaganda comercial dos produtos referidos no artigo anterior somente será permitida nas emissoras de rádio e televisão no horário compreendido entre as vinte e uma e as seis horas.

§ 1º A propaganda comercial dos produtos referidos neste artigo deverá ajustar-se aos seguintes princípios:

- I - não sugerir o consumo exagerado ou irresponsável, nem a indução ao bem-estar ou saúde, ou fazer associação a celebrações cívicas ou religiosas;
- II - não induzir as pessoas ao consumo, atribuindo aos produtos propriedades calmantes ou estimulantes, que reduzam a fadiga ou a tensão, ou qualquer efeito similar;
- III - não associar idéias ou imagens de maior êxito na sexualidade das pessoas, insinuando o aumento de virilidade ou feminilidade de pessoas fumantes;
- IV - não associar o uso do produto à prática de esportes olímpicos, nem sugerir ou induzir seu consumo em locais ou situações perigosas ou ilegais;

V - não empregar imperativos que induzam diretamente ao consumo;

VI - não incluir, na radiodifusão de sons ou de sons e imagens, a participação de crianças ou adolescentes, nem a eles dirigir-se.

§ 2º A propaganda conterá, nos meios de comunicação e em função de suas características, advertência escrita e/ou falada sobre os malefícios do fumo, através das seguintes frases, usadas seqüencialmente, de forma simultânea ou rotativa, nesta última hipótese devendo variar no máximo a cada cinco meses, todas precedidas da afirmação “O Ministério da Saúde Adverte”:

I - fumar pode causar doenças do coração e derrame cerebral;

II - fumar pode causar câncer do pulmão, bronquite crônica e enfisema pulmonar;

III - fumar durante a gravidez pode prejudicar o bebê;

IV - quem fuma adocece mais de úlcera do estômago;

V - evite fumar na presença de crianças;

VI - fumar provoca diversos males à sua saúde.

§ 3º As embalagens, exceto se destinadas à exportação, os pôsteres, painéis ou cartazes, jornais e revistas que façam difusão ou propaganda dos produtos referidos no art. 2º conterão a advertência mencionada no parágrafo anterior.

§ 4º Nas embalagens, as cláusulas de advertência a que se refere o § 2º deste artigo serão seqüencialmente usadas, de forma simultânea ou rotativa, nesta última hipótese devendo variar no máximo a cada cinco meses, inseridas, de forma legível e ostensivamente destacada, em uma das laterais dos maços, carteiras ou pacotes que sejam habitualmente comercializados diretamente ao consumidor.

§ 5º Nos pôsteres, painéis, cartazes, jornais e revistas, as cláusulas de advertência a que se refere o § 2º deste artigo serão seqüencialmente usadas, de forma simultânea ou rotativa, nesta última hipótese variando no máximo a cada cinco meses, devendo ser escritas de forma legível e ostensiva.

Art. 5º As chamadas e caracterizações de patrocínio dos produtos indicados nos arts. 2º e 4º, para eventos alheios à programação normal ou rotineira das emissoras de rádio e televisão, poderão ser feitas em qualquer horário, desde que identificadas apenas com a marca ou “slogan” do produto, sem recomendação do seu consumo.

§ 1º As restrições deste artigo aplicam-se à propaganda estática existente em estádios, veículos de competição e locais similares.

§ 2º Nas condições do “caput”, as chamadas e caracterizações de patrocínio dos produtos estarão liberados da exigência do § 2º do art. 3º desta Lei.

Art. 6º É vedada a utilização de trajes esportivos, relativamente a esportes olímpicos, para veicular a propaganda dos produtos de que trata esta Lei.

Art. 9º Aplicam-se aos infratores desta Lei, sem prejuízo de outras penalidades previstas na legislação em vigor, especialmente no Código de Defesa do Consumidor, as seguintes sanções:

I - advertência;

II - suspensão, no veículo de divulgação da publicidade, de qualquer outra propaganda do produto, por prazo de até trinta dias;

III - obrigatoriedade de veiculação de retificação ou esclarecimento para compensar propaganda distorcida ou de má-fé;

IV - apreensão do produto;

V - multa de R\$ 1.410,00 (um mil quatrocentos e dez reais) a R\$ 7.250,00 (sete mil duzentos e cinquenta reais), cobrada em dobro, em triplo e assim sucessivamente, na reincidência.

§ 1º As sanções previstas neste artigo poderão ser aplicadas gradativamente e, na reincidência, cumulativamente, de acordo com as especificidade do infrator.

§ 2º Em qualquer caso, a peça publicitária fica definitivamente vetada.

§ 3º Consideram-se infratores, para efeitos deste artigo, os responsáveis pelo produto, pela peça publicitária e pelo veículo de comunicação utilizado.

O Decreto n.º 2.018, de 1º de outubro de 1996 regulamentou a lei *supra* e tem seus principais dispositivos a seguir transcritos.

Art. 2º Para os efeitos deste Decreto são adotadas as seguintes definições:

I - RECINTO COLETIVO: local fechado destinado a permanente utilização simultânea por várias pessoas, tais como casas de espetáculos, bares, restaurantes e estabelecimentos similares. São excluídos do conceito os locais abertos ou ao ar livre, ainda que cercados ou de qualquer forma delimitados em seus contornos:

II - RECINTOS DE TRABALHO COLETIVO: as áreas fechadas, em qualquer local de trabalho, destinadas a utilização simultânea por várias pessoas que nela exerçam, de forma permanente, suas atividades;

III - AERONAVES E VEÍCULOS DE TRANSPORTE COLETIVO: aeronaves e veículos como tal definidos na legislação pertinente, utilizados no transporte de passageiros, mesmo sob forma não remunerada.

IV - ÁREA DEVIDAMENTE ISOLADA E DESTINADA EXCLUSIVAMENTE A ESSE FIM: a área que no recinto coletivo for exclusivamente destinada aos fumantes, separada da destinada aos não-fumantes por qualquer meio ou recurso eficiente que impeça a transposição da fumaça.

Art. 3º É proibido o uso de produtos fumígenos em recinto coletivo, salvo em área destinada exclusivamente a seus usuários, devidamente isolada e com arejamento conveniente.

Parágrafo único. A área destinada aos usuários de produtos fumígenos deverá apresentar adequadas condições de ventilação, natural ou artificial, e de renovação do ar, de forma a impedir o acúmulo de fumaça no ambiente.

Art. 4º Nos hospitais, postos de saúde, bibliotecas, salas de aula, teatro, cinema e nas repartições públicas federais somente será permitido fumar se houver áreas ao ar livre ou recinto destinado unicamente ao uso de produtos fumígenos.

Parágrafo único. Nos gabinetes individuais de trabalho das repartições públicas federais será permitido, a juízo do titular, uso de produtos fumígenos.

Art. 5º Nas aeronaves e veículos coletivos somente será permitido fumar quando transcorrida, em cada trecho, uma hora de viagem e desde que haja, nos referidos meios de transporte, parte especialmente reservada aos fumantes, devidamente sinalizada.

Art. 6º A inobservância do disposto neste Decreto sujeita o usuário de produtos fumígenos à advertência e, em caso de recalcitrância, sua retirada do recinto por responsável pelo mesmo, sem prejuízo das sanções previstas na legislação local. Capítulo II - DA PROPAGANDA E EMBALAGEM DOS PRODUTOS DE TABACO Art. 7º A propaganda comercial dos produtos de tabaco somente será permitida nas emissoras de rádio e televisão no horário compreendido entre as vinte e uma e as seis horas.

§ 1º A propaganda comercial dos produtos referidos neste artigo deverá ajustar-se aos seguintes princípios:

a) não sugerir o consumo exagerado ou irresponsável, nem a indução ao bem-estar ou saúde, ou fazer associação a celebrações cívicas ou religiosas;

b) não induzir as pessoas ao consumo, atribuindo aos produtos propriedades calmantes ou estimulantes, que reduzam a fadiga ou a tensão, ou qualquer efeito similar;

c) não associar idéias ou imagens de maior êxito na sexualidade das pessoas, insinuando o aumento de virilidade ou feminilidade de pessoas fumantes;

d) não associar o uso do produto à prática de esportes olímpicos, nem sugerir ou induzir seu consumo em locais ou situações perigosas ou ilegais;

e) não empregar imperativos que induzam diretamente ao consumo;

f) não incluir, na radiodifusão de sons ou de sons e imagens, a participação de crianças ou adolescentes, nem a eles dirigir-se.

§ 2º A propaganda conterà, nos meios de comunicação e em função de suas características, advertência escrita e/ou falada sobre os malefícios do fumo, através das seguintes frases, usadas seqüencialmente, de forma simultânea ou rotativa, nesta última hipótese devendo variar no máximo a cada cinco meses, todas precedidas da afirmação “O Ministério da Saúde Adverte”:

a) fumar pode causar doenças do coração e derrame cerebral;

b) fumar pode causar câncer de pulmão, bronquite crônica e enfisema pulmonar;

c) fumar durante a gravidez pode prejudicar o bebê;

d) quem fuma adoece mais de úlcera do estômago;

e) evite fumar na presença de crianças;

f) fumar provoca diversos males à sua saúde.

§ 3º As embalagens, exceto se destinadas à exportação, os pôsteres, painéis ou cartazes, jornais e revistas que façam difusão ou propaganda dos produtos referidos neste artigo conterão a advertência mencionada no parágrafo anterior.

§ 4º Nas embalagens, as cláusulas de advertência a que se refere o § 2º deste artigo serão seqüencialmente usadas, de forma simultânea ou rotativa, nesta

última hipótese devendo variar no máximo a cada cinco meses, inseridas, de forma legível e ostensivamente destacada, em uma das laterais dos maços, carteiras ou pacotes que sejam habitualmente comercializados diretamente ao consumidor.

§ 5º Nos pôsteres, painéis, cartazes, jornais e revistas, as cláusulas de advertência a que se refere o § 2º deste artigo serão sequencialmente usadas, de forma simultânea ou rotativa, nesta última hipótese variando no máximo a cada cinco meses, devendo ser escritas de forma legível e ostensiva.

Art. 22. As infrações cometidas na veiculação da publicidade dos produtos a que se refere a Lei n 9.294, de 1996, sujeitarão os infratores, sem prejuízo de outras penalidades previstas na legislação em vigor, especialmente no Código de Defesa do Consumidor, às seguintes sanções:

I - advertência;

II - suspensão, no veículo de divulgação da publicidade, de qualquer outra propaganda do produto, pelo mesmo anunciante, por prazo de até trinta dias;

III - obrigatoriedade de veiculação de retificação ou esclarecimento para compensar propaganda distorcida ou de má-fé;

IV - apreensão do produto:

V - multa de RS 1.410.00 (um mil quatrocentos e dez reais) a R\$ 7.250,00 (sete mil duzentos e cinquenta reais), cobrada em dobro, em triplo e assim sucessivamente, na reincidência.

§ 1º As sanções previstas neste artigo poderão ser aplicadas gradativamente e, na reincidência, cumulativamente, de acordo com a especificidade do infrator.

§ 2º Em qualquer caso, a peça publicitária fica definitivamente vetada, enquanto persistirem os motivos da infração.

§ 3º Consideram-se infratores, para efeitos deste artigo, os responsáveis pelo produto, pela peça publicitária e pelo veículo de comunicação utilizado, na medida de sua responsabilidade.

Art. 23. As infrações e as penalidades previstas no artigo anterior serão fiscalizadas e aplicadas de acordo com o disposto no Decreto nº 861, de 9 de julho de 1993.

Capítulo VII - DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 24. É vedada a utilização de trajes esportivos, relativamente a esportes olímpicos, para veicular a propaganda dos produtos de que trata a Lei nº 9.294, de 1996.

Art. 27. O disposto neste Decreto não exclui a competência suplementar dos Estados e Municípios em relação à Lei nº 9.294, de 1996.

Em termos de ato administrativo federal, a Portaria Interministerial 3.257/GM, de 22.09.88 regulamentou medidas de apoio e estímulo para as empresas expandirem suas ações contra o fumo no local de trabalho, e a Portaria Interministerial n.º 477, originária dos Ministérios da Saúde, da Justiça e das Comunicações, de 24 de março de 1995, divulgou o teor das advertências sobre os males provocados pelo consumo de tabaco e produtos derivados, conforme compromisso firmado entre a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão - ABERT, a Associação Brasileira de Anunciantes - ABA, a Associação Brasileira de Agências de Propaganda - ABAP, a Associação Nacional de Jornais - ANJ, a Associação Nacional das Empresas de Revistas - ANER, e a própria Associação Brasileira da Indústria do Fumo - ABIFUMO. Interessante notar que não ocorreu a participação de nenhuma associação que defendesse os interesses dos fumantes nesse compromisso.

Para efeitos de registro, dada a regulamentação concorrente, a legislação paulista é complementar à legislação federal, especificando locais nos quais é permitido fumar e outros, nos quais a prática é vedada.

Assim, a Lei Estadual n.º 9.178, de 17 de novembro de 1995 dispõe sobre restrição ao tabagismo nos locais que especifica, e dá outras providências, sendo os seus principais dispositivos transcritos a seguir.

Art. 1º Os restaurantes, bares, churrascarias, lanchonetes e estabelecimentos comerciais afins, no âmbito do Estado, que possuam área superior a 100 metros quadrados, ficam obrigados a dispor de espaço reservado às pessoas não fumantes.

Parágrafo único. O espaço a que se refere o “caput” deste artigo, não poderá ser inferior a 50% (cinquenta por cento) da área de consumação do público.

Art. 2º Ficam dispensadas da obrigatoriedade a que se refere o artigo anterior, as casas noturnas de diversão e lazer, tais como casas de dança, boates, casas de música, casas de shows e congêneres que, também, efetuem manipulação, consumo e venda de alimentos.

Art. 3º Nos estabelecimentos referidos no artigo 1º deverão ser afixados avisos indicativos da proibição a que alude esta Lei, em pontos de ampla visibilidade e de fácil identificação pelo público, cujas dimensões não excedam a 50cm X 30cm, ou cuja área não exceda a 0,15 metros quadrados.

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, consideram-se infratores os fumantes e os estabelecimentos nela abrangidos, nos limites da responsabilidade que lhes é atribuída.

Art. 5º Os infratores desta Lei sujeitar-se-ão à multa de 40 (quarenta) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo - UFESPs vigente, aplicando-se o dobro nos casos de reincidência.

Art. 6º O Poder Executivo, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, regulamentará esta Lei, observando em suas normas complementares necessárias à execução e a fiscalização, os estritos termos desta Lei.

Art. 7º As despesas resultantes da aplicação desta Lei correrão à conta das dotações próprias do Estado, consignadas no Orçamento Programa, suplementadas se necessário.

O Decreto Estadual n.º 40.695, de 4 de março de 1996 regulamentou a Lei n.º 9.178, de 17 de novembro de 1995.

A legislação paulistana, também para efeitos de registro, é complementar à legislação geral federal e estadual, especificando também locais nos quais é permitido fumar e outros, nos quais a prática é proibida.

A Lei n.º 10.862, de 4 de julho de 1990, dispõe sobre a restrição ao tabagismo nos locais que especifica. Decreto n.º 34.836, de 31 de janeiro de 1995 regulamenta aquela Lei.

O Decreto n.º 34.825, de 18 de janeiro de 1995, proíbe o tabagismo nas dependências da Administração Pública Municipal direta e indireta.

A Lei n.º 11.618, de 13 de julho de 1994 acrescenta dispositivo ao artigo 1º e altera a redação do artigo 4º da Lei n.º 9.120, de 8 de outubro de 1980, que também proíbe o tabagismo nos locais que especifica.

Referências

- (1) GELEHRTER, Thomas D. e COLLINS, Francis S., Fundamentos de Genética Médica, 1990, Guanabara-Koogan.
- (2) NATURE, de 18/07/1996, vol. 382, pp. 255 a 257.
- (3) ROSEMBERG, José, NICOTINA, 1996.
- (4) SCIENCE, de 18/10/1996, p. 430 f e v.
- (5) Proc. Natl. Acad. Sci. USA, Vo. 94, pp. 3893-3898, April 1997 - Genetics
- (6) <http://www.ncbi.nlm.nih.gov>
- (7) “Smoking and Health” - Fumo e Saúde, estudo do Surgeon General’s Advisory Committee dos Estados Unidos e “Nicotine in Cigarettes and Smokeless Tobacco Products is a Drug and These Products are Nicotine Delivery Devices Under the Federal Food, Drug, and Cosmetic Act: Appendices, 1995”
- (8) *The health consequences of smoking: cardiovascular disease*, do DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, Washington, 1983.
- (9) KAPLAN, Harold I, Manual de Farmacologia Psiquiátrica, 1995, Artes Médicas, p. 285 e seg.
- (10) GRECO FILHO, Vicente, TÓXICOS - Prevenção - Repressão, 1996, Saraiva.
- (11) Instituto Nacional do Câncer - INCA
Coordenação de Programas de Controle de Câncer - Pro-Onco
Serviço de Controle do Tabagismo
Av. Venezuela, 134/Bl. A/9º andar
20081-031
Rio de Janeiro - RJ
Tels.: (55-021) 263-8565
Fax.: (55-021) 263-8297
- (12) CHOLLAT-TRAQUET, Claire, Evaluating Tobacco Control Activities - Experiences and Guiding Principles, 1996 - World Health Organization - p. 215 e ss.

- (13) <http://www.tobaccoleaf.org>
- (14) <http://www.unisc.br/afubra>
- (15) DAY, Martin, Multi-Party Actions - A practitioner's guide to pursuing group claims - Legal Action Group - 1995, (p. 297 e seg.)
- (16) RAO, Vicente, O Direito e a Vida dos Direitos, 1976, Res. Universitária, p. 112.
- (17) DALLARI, Dalmo de Abreu, Elementos de Teoria Geral do Estado, 1985, p. 84, Saraiva.
- (18) HUXLEY, Aldous, Admirável Mundo Novo, 1946, Livros do Brasil, p. 175.
- (19) RABIN, Robert L, Smoking Policy: Law Politics, & Culture, 1993, Oxford University Press, "Tobacco Liability in the Courts", Gary T. Schwartz, p. 131)
- (20) SCHULTE, Walter, Manual de Psiquiatria, 1980, EPU, p. 123 e seg.
- (21) <http://www.tobacco.neu.edu/>
- (22) Comitê Coordenador de Controle do Tabagismo no Brasil
Professor José Rosemberg
Rua Sabará, 76, Ap. 12
012390-010
São Paulo - SP
Tel/Fax.: (55-011) 257-7915
- (23) SPOERRI T., Manual de Psiquiatria - Fundamentos da Clínica Psiquiátrica, 1988, Livraria Atheneu, p.138 f e v.
- (24) <http://www.library.ucsf.edu/tobacco>
GLANTZ, Stanton A., The cigarette papers, 1996, University of California Press.
- (25) SHECAIRA, Sérgio Salomão, Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, doutorado aprovado na Faculdade de Direito da USP, 1997.
- (26) STEDMAN, Donald, Environmental Tobacco Smoke - Measuring Exposures and Assessing Health Effects, 1986.
- (27) LOWENFELD, Andreas F., International Litigation and Arbitration, 1993, West Publishing Co.
- (28) RAMSAY, Iain, Consumer Law in the Global Economy - National and International Dimensions, 1997, Dartmouth Publishing Company Limited, p. 49 "Consumer Protection in Less-Developed Countries: The Latin American Experience", Antônio Herman Benjamin.
- (29) KARALIS, John P., International Joint Ventures, 1992, WEST, p. 58.
- (30) BOURNE, Nicholas, Company Law, 1994, Cavendish Publishing Limited.
- (31) ZAVASCKI, Teori Albino, Antecipação da Tutela, 1997, Saraiva.
- (32) BROWN, Marvin T., Ética nos Negócios, 1993, Makron Books.
- (33) NASH, Laura L., Ética nas Empresas, 1993, Makron Books.

Publicações da Organização Mundial de Saúde:

BIREME - Centro Latino-Americano e do Caribe de Informação em Ciências da Saúde
Organização Pan-Americana da Saúde
Organização Mundial da Saúde
Rua Botucatu, 862
04023-901
São Paulo - SP
Tel.: (55-11) 576-9823
Fax.: (55-11) 571-1919

Referências utilizadas nas traduções:

BLACK, Henry Campbell, BLACK'S LAW DICTIONARY, 1990, WestT Co.
MARTIN, Elizabeth A., DICTIONARY OF LAW, 1994, Oxford.
MELLO, Maria Chaves de, DICIONÁRIO JURÍDICO, 1994, Barrister's.