

## A relativização do nexos de causalidade e a responsabilização da indústria do fumo – a aceitação da lógica da probabilidade

Eugênio FACCHINI NETO\*

**RESUMO:** O presente ensaio analisa um dos principais argumentos invocados em defesa da inexistência de responsabilidade civil da indústria do fumo, pelos danos sofridos por fumantes em razão de doenças tabaco-relacionadas: a ausência de provas inequívocas da relação de causalidade entre a doença e o hábito de fumar. Pretende-se demonstrar que, apesar de normalmente serem tais doenças abstratamente multifatoriais, é possível acolherem-se demandas indenizatórias contra a indústria do fumo. Para tanto, faz-se uma revisão das modernas teorias sobre a causalidade, demonstrando-se a relativização da lógica da certeza e a paulatina aceitação da lógica da probabilidade. Analisam-se as teorias e práticas adotadas na Europa e nos Estados Unidos que apontam para a possibilidade de se acolherem demandas indenizatórias mesmo não se tendo logrado alcançar uma prova indiscutível do nexos de causalidade. Procura-se demonstrar a possibilidade de se acolher informações científicas provenientes de outras ciências e de se trabalhar com estatísticas aceitas pela comunidade científica. Conclui-se pela parcial superação da possibilidade de responsabilização parcial da indústria do fumo pelos danos sofridos pelos fumantes.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; – 2. O cigarro e a sociedade – uma história de alto a baixo; – 3. As diversas ondas de demandas judiciais tabaco-relacionadas; – 4. Da desnecessidade da produção de prova inequívoca do nexos de causalidade entre o consumo de tabaco e as doenças tabaco-relacionadas; – 5. Da relativização da lógica da certeza e abertura de espaço para a lógica da probabilidade; – 6. Teorias quem implicam uma relativização da lógica da certeza no campo da causalidade; – 6.1. A doutrina da *res ipsa loquitur*; – 6.2. A doutrina sueca da verossimilhança; – 6.3. Teoria da *preponderance of the evidence* (ou da *more probable than not*); – 6.4. A doutrina da redução do módulo probatório; – 6.5. A teoria da presunção de causalidade; – 6.6. Teorias probabilísticas; – 6.7. Doutrina da *market share liability*; – 7. A importância, a legitimidade e a necessidade de abordagem interdisciplinar em tema de responsabilidade civil da indústria do fumo; – 8. Dados científicos relevantes para demandas envolvendo a indústria do fumo; – 9. Considerações finais; – 10. Referências bibliográficas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade civil; indústria do fumo; tabagismo; nexos de causalidade.

**ENGLISH TITLE:** *Relativization of Causality Nexus and the Responsibility of the Smoking Industry – Acceptance of the Logic of Probability*

**ABSTRACT:** *The essay examines one of the main arguments in defense of the lack of liability of the tobacco industry for damages suffered by smokers as a result of tobacco-related diseases: the absence of unequivocal evidence of the causal link between the disease and the habit of smoking. It is intended to demonstrate that, despite being such diseases multifactorial, it is possible to defend a causal link between the habit of smoking and many tobacco related diseases. To this end, it is made a review of several modern theories of causation, demonstrating the relativization of the logic of certainty and the gradual acceptance of probability logic. It examines the theories and practices adopted in Europe and the United States that point to the possibility of impose tort liability to the tobacco industry, although not having achieved an indisputable proof of causation. It seeks to demonstrate the possibility to host scientific information from other sciences and working with statistics accepted by the scientific community. It*

---

\* Doutor em Direito Comparado (Florença/Itália), Mestre em Direito Civil (USP). Professor Titular dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/RS. Professor e ex-diretor da Escola Superior da Magistratura/AJURIS. Desembargador do TJ/RS.

*sustains, at the end, the possibility of a partial liability of the tobacco industry for damages suffered by smokers.*

*CONTENTS: 1 Introduction; – 2. The cigarette and the society – a story from top to bottom; – 3. The various waves of tobacco-related litigation; – 4. It is not said that we need unequivocal proof of causal link between tobacco consumption and tobacco-related diseases; – 5. The relativization of the logic of certainty and the opening of space to the logic of probability; – 6. Theories that imply a relativization of the logic of certainty in the field of causation; – 6.1. The doctrine of res ipsa loquitur; – 6.2. The Swedish doctrine of verisimilitude; – 6.3. Theory of preponderance of the evidence (or the more probable than not theory); – 6.4. The doctrine of reduced proof module. 6.5 Theory of presumption of causality; – 6.6. Probabilistic Theories; – 6.7. Doctrine of market share liability; – 7. The importance, legitimacy and necessity of an open approach in theme of civil liability of tobacco industry; – 8. Scientific Data relevant to demands involving the tobacco industry; – 9. Final considerations; – 10. References.*

*KEYWORDS: Tort liability; tobacco industry; tabagism; causation.*

## **1. Introdução**

Até aproximadamente seis décadas atrás não se sabia dos malefícios ligados ao hábito de fumar, o que explicava sua crescente expansão. A partir da década de cinquenta, quando foram divulgadas as primeiras pesquisas científicas relacionando o consumo de tabaco ao câncer de pulmão, e, principalmente, a partir do momento em que os países do primeiro mundo passaram a proibir ou restringir a publicidade do cigarro<sup>1</sup>, a tendência começou a se inverter (embora em ritmo sensivelmente menor em países subdesenvolvidos e nas classes menos favorecidas do ponto de vista econômico e cultural).

Juntamente com políticas públicas relacionadas ao controle do tabaco, ações judiciais passaram a ser movidas contra a indústria do fumo, buscando responsabilizá-las pelas patologias e mortes associadas ao consumo de seu produto.

Embora demandas governamentais buscando o ressarcimento de gastos previdenciários para o tratamento de doenças tabaco-relacionadas tenham chegado a bom termo, com celebração de acordos bilionários em que a indústria do fumo concordou em ressarcir os entes públicos, fato é que as ações individuais movidas por pessoas que contraíram doenças derivadas do consumo do tabaco, ou de parentes de vítimas fatais, não tiveram igual êxito. Somente de vinte anos para cá é que a situação começou a mudar, com algumas pretensões indenizatórias sendo acolhidas judicialmente.

---

<sup>1</sup> No Brasil, a Lei 9.294/96, posteriormente alterada pela Lei 10.167/2000, restringiu a propaganda de cigarros à parte interna dos pontos de venda (com uso de pôsteres, cartazes, painéis). Desde 2001, a propaganda de cigarros foi excluída dos meios de comunicação de massa.

Ao longo desta extensa experiência judicial, a indústria do fumo acumulou know-how, testando e descartando argumentos de defesa, até identificar aqueles mais eficazes e que são mais comumente acolhidos judicialmente.

Dentre os argumentos mais invocados, dois se sobressaem: um deles diz respeito à ausência de prova da presença de um nexo causal inequívoco entre o ato de fumar e a doença contraída pela vítima, já que quase todas as patologias são multifatoriais e, portanto, poderiam ter se desenvolvido por outras causas que não o vício do cigarro; o outro argumento diz respeito ao livre-arbítrio. Esse segundo argumento é simples: as pessoas são livres e fumam porque querem, mesmo sabendo que o cigarro faz mal. Portanto, como todo ato de liberdade atrai a conexa responsabilidade, não haveria como transferir à indústria do fumo os males que alguém tenha contraído consciente e voluntariamente.

Cada um dos argumentos da indústria do fumo admite refutação, segundo penso. Nesse artigo, focarei especificamente o primeiro desses argumentos, qual seja, o da alegada inexistência de nexo de causalidade adequada, ou direta e imediata<sup>2</sup>, entre o hábito de fumar e a patologia desenvolvida pelo fumante, buscando relativizar os argumentos costumeiramente invocados pela indústria do fumo e tentando demonstrar a falácia do argumento, pelas razões que exporei.

O argumento da indústria do fumo é singelo: sendo multifatoriais quase todas as doenças tabaco-relacionadas, haveria necessidade de demonstrar, em cada demanda, que a patologia desenvolvida por aquele particular fumante está relacionada ao fumo e somente a ele, com exclusão de todos os demais fatores que igualmente poderiam ter levado ao desenvolvimento daquela doença. Como essa prova praticamente nunca poderá ser obtida, o sucesso da tese estaria garantido.

---

<sup>2</sup> Como se sabe, a teoria da causalidade adequada e a teoria do dano direto e imediato (especialmente na vertente da necessariedade) disputam entre nós as preferências dos autores para explicar o nexo de causalidade. Historicamente prevaleceu a teoria da causalidade adequada. Mais recentemente, especialmente após a vigência do novo Código Civil, passou a difundir-se mais intensamente a segunda teoria. Segundo Moreira Alves, “a diferença entre ambas as teorias – a da causa adequada e a do dano direto e imediato na vertente da subteoria da necessariedade -, estaria, em última análise, na medida do grau de probabilidade, que na subteoria da necessariedade exigiria pelo menos a conseqüência extremamente provável, a traduzir a quase certeza, ao passo que a teoria da causa adequada ficaria apenas em probabilidade menos intensa” – MOREIRA ALVES, José Carlos, “A causalidade nas ações indenizatórias por danos atribuídos ao consumo de cigarros”. In: LOPEZ, Teresa Ancona (coord.). *Estudos e Pareceres sobre Livre-arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente – O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 250.

Todavia, tentarei demonstrar que o acolhimento irrestrito da tese leva, com a devida vênia, a um absurdo lógico: levando-se a sério as conclusões da ciência médica que aponta, com dados cientificamente irrefutáveis e objeto de consenso técnico universal, que determinadas doenças (especialmente as pulmonares) estão necessariamente vinculadas ao vício do fumo num percentual que por vezes se situa entre 80 e 90% dos casos, conclui-se coerentemente que de cada cem portadores de tais doenças, entre 80 e 90 indivíduos a contraíram em razão do hábito de fumar. A *contrario sensu*, os outros 10 a 20 indivíduos desenvolveram a doença em razão de outros fatores, que não o tabagismo. É quase impossível afirmar-se, categoricamente, quais dessas cem pessoas se encontram num grupo ou no outro. Isso não abala, porém, a certeza científica de que abstratamente 80 a 90% deles realmente desenvolveram a doença em razão do tabagismo. Inequívoco, portanto, o nexos de causalidade científico e irrefutável entre a conduta (tabagismo) e o efeito (desenvolvimento da doença). Todavia, se todas essas cem pessoas ajuizassem ações individuais, a invocação da tese sentencial faria com que todas as cem pretensões fossem desacolhidas, apesar da certeza científica e irrefutável de que entre 80 a 90% daqueles autores tinham inteira razão. Para se evitar que a indústria do fumo seja injustamente condenada num percentual de 10 a 20% das causas, prefere-se, assim, injustamente desacolher as justas pretensões de 80 a 90% dos autores! A fragmentação dos litígios, portanto, favorece amplamente a indústria do fumo. Contra esse absurdo lógico e de intuitiva injustiça não se pode concordar.

E é nesse sentido que tentaremos demonstrar como é possível superar o argumento levantado pela defesa da indústria de fumo, dentro do maior rigor científico e dogmático, à luz das novas teorias e concepções sobre o nexos de causalidade que estão presentes não só no universo acadêmico, mas também no mundo forense de diversos países.

Para tanto, após sintetizarmos as diversas ‘ondas’ de demandas judiciais envolvendo a indústria do fumo, passaremos em revista as modernas teorias e práticas jurisprudenciais que apontam para uma relativização da lógica da certeza, em matéria de prova do nexos causal, com aceitação de uma lógica da probabilidade. Para tanto, defenderemos a possibilidade de se aceitar os dados científicos e estatísticos provenientes da comunidade científica internacional, para dar-lhes eficácia jurídica em demandas indenizatórias movidas contra a indústria do fumo.

## **2. O cigarro e a sociedade – uma história de alto a baixo**

Ao longo de boa parte do século XX o consumo do cigarro foi crescente, nos recintos domésticos, nos locais de trabalho, em atividades sociais. A partir da década de cinquenta, porém, começam a ser divulgadas as primeiras pesquisas científicas associando o tabagismo ao câncer de pulmão<sup>3</sup>. Ulteriores pesquisas não cessaram de estabelecer tal relação a inúmeras outras doenças. De vício inócuo passou cada vez mais a ser identificado como vilão.

O consumo do tabaco passou a ser visto como um dos mais graves males que afetam o direito à saúde, direito fundamental da pessoa humana, cuja proteção e efetivação é condição necessária para o gozo de muitos outros direitos, inclusive do direito à vida, como sintetiza Dallari<sup>4</sup>.

Aliás, a Convenção-Quadro para o Controle do Uso do Tabaco, primeiro tratado internacional de saúde pública, elaborada sob patrocínio da OMS/ONU em 2003, objeto de adesão de praticamente todos os países do mundo, ratificada e incorporada ao direito positivo brasileiro através do Dec. nº 5.658, de 2 de janeiro de 2006, entre seus considerandos inclui os seguintes:

(...) Reconhecendo que a ciência demonstrou de maneira inequívoca que o consumo e a exposição à fumaça do tabaco são causas de mortalidade, morbidade e incapacidade e que as doenças relacionadas ao tabaco não se revelam imediatamente após o início da exposição à fumaça do tabaco e ao consumo de qualquer produto derivado do tabaco;

Reconhecendo ademais que os cigarros e outros produtos contendo tabaco são elaborados de maneira sofisticada de modo a criar e a manter a dependência, que muitos de seus compostos e a fumaça que produzem são farmacologicamente ativos, tóxicos, mutagênicos, e cancerígenos, e que a dependência ao tabaco é classificada separadamente como uma enfermidade pelas principais classificações internacionais de doenças; (...)

À medida que as descobertas científicas relativas aos efeitos do tabagismo tornaram-se consenso científico e passaram a ser divulgadas, as pessoas passaram a se conscientizar de que as doenças que desenvolveram estavam relacionadas ao hábito de fumar e que lhes fora negada a informação disponível a respeito. Quando isso aconteceu, ações

---

<sup>3</sup> Na verdade, “desde os anos 1930 os pesquisadores alemães haviam demonstrado que o tabaco favorece o câncer de pulmão. Todavia, por sua associação com o regime nazista, suas pesquisas foram ignoradas. Em 1953, Ernest Wynder e seus colegas do instituto Sloan-Kettering, em Nova York, descobriram que os alcatrões do tabaco impregnados na pele de ratos acarretavam cânceres mortais” – RICARD, Matthieu. *A revolução do altruísmo*. São Paulo: Palas Athena, 2015, p. 439.

<sup>4</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. “Controle do uso do tabaco: constitucionalidade do controle da distribuição e da publicidade”. In: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). *Publicidade de Tabaco – Frente e Verso da Liberdade de Expressão Comercial*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 38.

judiciais foram ajuizadas desde a década de cinquenta. Inicialmente, apenas nos Estados Unidos. Posteriormente, também em outros países.

As demandas contra a indústria do fumo não seguiram padrão único. Elas formaram ‘ondas’ distintas. Os fundamentos variaram um pouco de uma onda a outra. Como no embate das ondas com o rochedo, não é a primeira, nem a segunda onda, que fará qualquer diferença para o rochedo. É a sua repetição e insistência que logra algum efeito. A terceira onda começou a fazer a diferença. É o que veremos no próximo item.

### **3. As diversas ondas de demandas judiciais tabaco-relacionadas**

O primeiro autor a discernir as várias ‘ondas’ de demandas foi Gary Schwartz<sup>5</sup>. Esse autor identificou uma primeira onda entre 1954 e 1982. A segunda teria ocorrido entre 1982 e 1991.

Todavia, na página oficial do *Tobacco Control Legal Consortium*<sup>6</sup> embora também se faça referência às ondas de demandas, usa-se uma periodização parcialmente diversa: a **primeira onda** de ações, segundo tal impositação, teria ocorrido nas décadas de cinquenta e sessenta. Os casos embasavam-se substancialmente nas teorias da culpa e violação do direito à segurança. A principal estratégia de defesa da indústria do fumo residiu em negar o nexo de causalidade entre o hábito de fumar e as doenças que acometeram as vítimas.

A **segunda onda** de demandas individuais ocorreu entre os anos setenta e o início dos anos noventa. Desta vez, as demandas baseavam-se nas teorias de falta de informação (*failure to warn*) e na responsabilidade objetiva do produtor (*strict product liability*). Novamente as demandas não tiveram sucesso, pois as indústrias do fumo persuadiram os jurados de que os fumantes sabiam dos riscos que corriam.

Somente por ocasião da **terceira onda** de demandas judiciais, iniciada por volta de 1994, a maré começou a mudar. A terceira onda envolveu também ações coletivas (*class actions*) e ações de ressarcimento movidas por entes públicos e por companhias seguradoras. Os fundamentos foram ampliados, abrangendo, fraude, falsidade,

---

<sup>5</sup> A referência às ondas de demandas foi feita por Gary T. Schwartz no artigo doutrinário “*Tobacco Liability in the Courts*” (reproduzido e lido na obra de RABIN & SUGARMAN (eds.), *Smoking Policy: Law, Politics, and Culture*. New York: Oxford University Press, 1.993, p. 131/160.

<sup>6</sup> Disponível em <http://www.publichealthlawcenter.org/sites/default/files/resources/tclc-legal-update-winter-2016.pdf>, acesso em 09.01.2016.

conspiração, legislação antitrust, violação de normas consumeristas e enriquecimento indevido

Momento importante dessa terceira onda foi o acordo bilionário, em 1998, denominado **Master Settlement Agreement**<sup>7</sup>, pelo qual as empresas de tabaco concordaram em mudar seus métodos de propaganda e marketing e ressarcir as dezenas de Estados-membros norte-americanos relativamente às despesas gastas com o tratamento de fumantes<sup>8</sup>.

Mas não só ações governamentais foram acolhidas. Também ações individuais começaram a ter sucesso. As duas primeiras foram: *Horowitz v. Lorillard Tobacco Co.* (condenação de US\$1,5 milhão de indenização mantida pela *California Supreme Court*, em 1997<sup>9</sup>, paga no mesmo ano) e *Brown & Williamson Tobacco Corp. V. Carter*<sup>10</sup> (US\$750 mil de indenização, mantida pela Suprema Corte da Flórida, em 2000, com pagamento em 2001). Condenação bem recente ocorreu em 11 de setembro de 2015, na qual a companhia R. J. Reynolds foi condenada ao pagamento de uma indenização de US\$34,7 milhões em favor da família de Garry O'Hara<sup>11</sup>.

Outras vitórias se seguiram, como detalhadamente informa recente Relatório do *Surgeon General*<sup>12</sup>, a mais alta autoridade da saúde norte-americana.

---

<sup>7</sup> O célebre *Tobacco Master Settlement Agreement (MSA)* decorreu de demandas promovidas por mais de quarenta Estados norte-americanos contra as quatro maiores indústrias fumageiras norte-americanas - Philip Morris Inc., R. J. Reynolds, Brown & Williamson e Lorillard. Posteriormente outras três indústrias também foram acionadas e os restantes Estados igualmente passaram a fazer parte de um grande acordo global que pôs fim a todas essas demandas. Quatro Estados fizeram acordos individuais, recebendo um total de 35 bilhões de dólares de ressarcimento, ao passo que os outros 46 Estados norte-americanos fizeram um acordo conjunto com as sete indústrias fumageiras, para obter desta o ressarcimento dos gastos públicos com doenças relacionadas ao tabaco. Como parte do acordo, as indústrias concordaram em abandonar algumas práticas de marketing de cigarro, bem como a pagar de forma perpétua aos Estados um valor anual ressarcitório de despesas com doenças relacionadas ao tabaco, sendo que nos primeiros 25 anos seria paga – como vem sendo – a quantia de 206 bilhões de dólares a título de indenização, findos os quais seguiriam pagando 10 bilhões de dólares ao ano.

<sup>8</sup> Também a União Europeia e o Japão já se insurgiram contra empresas de cigarro, pelos males causados aos usuários, ao sistema público de saúde e ao meio ambiente, o que resultou na celebração de acordos semelhantes, envolvendo pagamento de indenizações bilionárias e a adoção de medidas aptas a minimizar os danos futuros e os consumados, segundo informam os Procuradores da República Alexandre Caminho de Assis e Luna Veronese e Veronese, no artigo “Os males da indústria tabagista e o direito brasileiro”, publicado na Revista Jurídica *Consulex*, ano XVIII, n. 429, 1º.12.2014, número especial: “TABAGISMO – Polêmica Reacesa”, p. 40

<sup>9</sup> Informação obtida no site [http://www.tobaccocontrol.org/?page\\_id=109](http://www.tobaccocontrol.org/?page_id=109), acessado em 17.11.2015.

<sup>10</sup> Informação obtida no site <http://www.surgeongeneral.gov/library/reports/50-years-of-progress/sgr50-chap-14-app14-3.pdf>, acessado em 17.11.2015.

<sup>11</sup> Trata-se do caso *Colette O'Hara v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, julgado pelo *First Judicial Circuit of Florida*, n. 2007-CA-003065. Uma síntese desta decisão encontra-se em <http://verdictsearch.com/verdict/tobacco-companies-failed-to-warn-of-cancer-risks-suit/> - acesso em 09.12.2015.

<sup>12</sup> Extraído de <http://www.surgeongeneral.gov/library/reports/50-years-of-progress/sgr50-chap-14-app14-3.pdf>, acessado em 17.11.2015.

Essas primeiras brechas que se abriram na cidadela da indústria do fumo começam a se alargar. A maré começa a mudar, tanto nos Estados Unidos, como em outros países, como Canadá e Itália, onde demandas individuais ou coletivas começam a ser acolhidas na justiça, mesmo que de forma ainda incipiente.

As indústrias do fumo, desde o início, adotaram uma estratégia básica: em demandas individuais, jamais transigiram, jamais reconheceram qualquer parcela de responsabilidade<sup>13</sup>. Negar sempre, e veementemente, qualquer responsabilidade: esse o mantra transmitido pela Diretoria de tais empresas aos seus advogados, que fielmente jamais se afastaram do *script*. Somente em ações movidas por entes públicos, para se ressarcirem dos ingentes gastos na área previdenciária para o tratamento dos milhões de pessoas que padecerem de males inequivocamente associado ao tabaco, é que celebraram alguns acordos.

Considerando que milhares de ações indenizatórias por danos individuais foram movidas e muito poucas foram acolhidas, não se pode deixar de reconhecer que a defesa técnica da indústria do fumo tem sido bem sucedida<sup>14</sup>. Um dos argumentos defensivos sempre invocados pela indústria do fumo diz respeito ao nexo de causalidade – um dos pressupostos de qualquer demanda indenizatória. Afirma-se que sendo o câncer, bem como a maioria das doenças pulmonares, uma doença multifatorial, não seria possível excluir a possibilidade de que a causa do tumor da vítima tivesse outra origem que não o fumo.

Resta saber se efetivamente é incontornável a alegada necessidade de prova inequívoca do nexo de causalidade entre o consumo do cigarro e a patologia desenvolvida pelo fumante. Entendo que não, pelas razões que passo a evidenciar.

#### **4. Da desnecessidade da produção de prova inequívoca do nexo de causalidade entre o consumo de tabaco e as doenças tabaco-relacionadas.**

Inicialmente, aceita-se que tem razão a indústria fumageira no sentido da necessidade de se trazer aos autos prova convincente não só do dano em si – a patologia contraída

---

<sup>13</sup> “Tobacco companies have refused to offer settlements in any of the cases brought against them” - SCHWARTZ, Gary T. “*Tobacco Liability in the Courts*”, in: RABIN & SUGARMAN (eds.), *Smoking Policy: Law, Politics, and Culture*. New York: Oxford University Press, 1.993, p. 131.

<sup>14</sup> A atual jurisprudência do STJ é unânime ao repelir as demandas indenizatórias contra a indústria do fumo, acolhendo tanto o argumento da ausência de prova do nexo de causalidade quanto da presença do livre-arbítrio. Com a devida vênia dos ilustrados Ministros, seus argumentos basicamente reproduzem aqueles que se acolhiam na primeira onda das demandas norte-americanas.



pelo fumante -, mas também do fato de que tal dano teria decorrido do prolongado hábito de fumar, uma vez que quase todas essas patologias são efetivamente multifatoriais.

Todavia, nosso sistema probatório não exige uma prova uníssona e indiscutível, mas sim uma prova que possa convencer o juiz, dentro do princípio da persuasão racional.

É verdade que há de se ter elementos que apontem para a existência dos fatos constitutivos do direito do autor. Mas não há necessidade de que a prova seja incontroversa. O princípio universal e antigo do *in dubio pro reo* aplica-se exclusivamente à seara penal, em que está em jogo o elevado valor da liberdade humana. Aliás, mesmo nessa área é muito mais expressiva a locução utilizada nos países de *Common Law*, no sentido de que a condenação criminal só ocorrerá se o julgador estiver convencido *beyond any reasonable doubt* – além de qualquer dúvida razoável. Ou seja, inclusive na esfera penal não se exige um juízo de certeza absoluta. Requer-se, apenas, que o julgador esteja racionalmente convencido, sem dúvidas razoáveis pairando sobre sua mente.

Afinal de contas, como argutamente observa Paulo Netto Lobo<sup>15</sup>, “na dimensão atual da ética da responsabilidade (...) não pode o aplicador do direito enredar-se nas construções retóricas do nexos de causalidade, para que as consequências dos danos não sejam mais suportadas pela vítima e pela sociedade”.

O professor inglês Tony Honoré (Oxford), discorrendo sobre as teorias probabilísticas, refere que

the tortfeasor, whether his liability is based on fault or is strict, is regarded as having exposed society to certain dangers of harm (risks). If harm occurs of which his conduct is a condition, he is liable provided the harm falls within the risks to which he has exposed others. (...) When one inquires what risks are to be regarded as having been introduced by the tortfeasor, the answer is necessarily **in terms of probability**<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> LÔBO, Paulo N. Prefácio à obra de FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos – Imputação e Nexos de Causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 14.

<sup>16</sup> Em vernáculo: “O responsável por ato ilícito, seja sua responsabilidade subjetiva ou objetiva, é tido como tendo exposto a sociedade a determinados perigos de dano (risco). Se o dano decorre de uma conduta sua que se apresenta como condição daquele, ele é responsável, desde que o dano esteja relacionado com os riscos por ele criado para os outros. (...). Quando alguém indaga quais são os riscos que devem ser tido como introduzidos pelo potencial responsável, a resposta é dada necessariamente em termos de probabilidade” – HONORÉ, Anthony Maurice (Tony). *Causation and Remoteness of Damage*. Chapter 7 do Vol. XI (*TORTS*, coord. por André Tunc), da *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1983, p. 58.

De fato, ainda que se admita a impossibilidade de se aferir, com *absoluta certeza*, que o cigarro foi o causador ou teve participação preponderante no desenvolvimento da enfermidade ou na morte de um consumidor, é perfeitamente possível chegar-se, a partir da análise de todo o conjunto probatório, a um *juízo de presunção* sobre a relação do tabagismo com tal enfermidade. Afinal de contas: “nada há de errado em permitir ao juiz decidir por meio de um critério pautado em presunções (prova indiciária), sobretudo diante de casos complexos envolvendo pluralidade de causas e condições, em que a relação desenvolvida é eminentemente de consumo”<sup>17</sup>.

Aliás, tal posicionamento é longe de ser isolado. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, por exemplo, sustenta que “a tendência hodierna dominante inclina-se decididamente por racionalizar o sistema mediante prevalência da verdade empírica extraída dos fatos da causa por meio da lógica e de critérios científicos”<sup>18</sup>.

A razão para tal abertura nos é dada por Michele Taruffo. Numa de suas obras, ao abordar as concepções sobre prova acolhidas nos sistemas jurídicos modernos, distingue um modelo “fechado” de um modelo “aberto”, que prefere, o qual parte da concepção de que a prova é precipuamente um fenômeno que pertence à esfera da lógica e do racional, ou, ao menos, do razoável. E conclui dizendo que “basta lembrar que fenômenos como os das ‘provas científicas’ ou ‘tecnológicas’ fogem a qualquer tipicização normativa”<sup>19</sup> (típica de um modelo fechado).

Tal concepção é perfeitamente compatível com o vigente direito brasileiro. Afinal, “o sistema jurídico brasileiro não limita os meios de prova, em face da norma de abertura contida no art. 332 do Código de Processo Civil”<sup>20</sup> (“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos...”). os, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos

Por outro lado, tratando-se de relação de consumo, é direito básico do consumidor 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

<sup>17</sup> DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade Civil da Indústria do Tabaco*. In HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). *Controle do Tabaco e o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 91 e 92.

<sup>18</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Problemas atuais da livre apreciação da prova*. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Prova Cível*. Rio de Janeiro: Forense, p. 52.

<sup>19</sup> TARUFFO, Michele. *Verdade e processo*. In: TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: Ensaio*. Apres., org. e trad. de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013 (Coleção Processo e Direito), p. 50 a 53.

<sup>20</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 155.

for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” (art. 6º, inc. VIII, do CDC). Trata-se da chamada inversão *ope judicis* do ônus da prova. Para impor tal inversão do ônus probatório, basta ser verossímil a alegação do autor da demanda. E, no caso, como se verá mais adiante, a alegação, em muitos casos, é dotada de enorme verossimilhança, à luz das estatísticas disponíveis e das certezas médicas hoje indiscutíveis no setor. Além disso, a inversão *ope judicis* convive com a inversão *ope legis*, ou seja, determinada aprioristicamente pelo próprio legislador, como está previsto no art. 12, §3º, do CDC, ao prescrever que

§ 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.

Portanto, pelo próprio texto legal expresso e vigente, o consumidor tem o direito básico de ver facilitada a prova do seu direito. Sua pretensão é mais do que verossímil a respeito do nexos de causalidade. Caberia, assim, ao réu, fornecedor do produto, o ônus da prova em contrário.

Aliás, já decidiu o E. STJ, em ação coletiva movida Associação de Defesa da Saúde do Fumante contra a Philip Morris e outra indústria tabagista, que o CDC poderia ser invocado para se determinar a inversão do ônus da prova no que diz respeito ao caráter viciante ou não da nicotina. Trata-se do REsp n. 140.097, da 4ªT, relatado pelo Min. César Asfor Rocha e julgado, de forma unânime, em 4.5.2000. Eis sua ementa:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. DEFESA DOS INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DISPENSA DE PRÉ-CONSTITUIÇÃO PELO MENOS HÁ UM ANO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE DA AÇÃO COLETIVA SUPERADA. Presente o interesse social pela dimensão do dano e sendo relevante o bem jurídico a ser protegido, como na hipótese, pode o juiz dispensar o requisito da pré-constituição superior a um ano da associação autora da ação de que trata o inciso III do parágrafo único do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, que cuida da defesa coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos. A regra contida no art. 6º/VII do Código de Defesa do Consumidor, que cogita da inversão do ônus da prova, tem a motivação de igualar as partes que ocupam posições não-isonômicas, sendo nitidamente posta a favor do consumidor, cujo acionamento fica a critério do juiz

sempre que houver verossimilhança na alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência, por isso mesmo que exige do magistrado, quando de sua aplicação, uma aguçada sensibilidade quanto à realidade mais ampla onde está contido o objeto da prova cuja inversão vai operar-se. Hipótese em que a ré/recorrente está muito mais apta a provar que a nicotina não causa dependência que a autora/recorrida provar que ela causa.

Na fundamentação do acórdão, o Relator, em determinada passagem, assim se manifestou:

O que a autora pretende é que as rés sejam condenadas (pedido imediato) e obrigadas a indenizarem (pedido mediato) os fumantes e ex-fumantes que se tornaram dependentes da nicotina à falta de terem sido alertados para a dependência que ela causa. Percebe-se, assim, que o bem jurídico a ser protegido é o direito que têm e tinham os fumantes e ex-fumantes, na visão da autora/recorrida, de serem informados da provocação dessa dependência.

Ora, percebe-se claramente que é relevantíssimo esse bem jurídico que se quer proteger.

E na hipótese de ser verdadeira a configuração dessa dependência, ressalta a mais não poder serem graves as repercussões na comunidade que possam ser provocadas pela potencialidade lesiva de não ter sido feito o alerta de que o produto nicotina causa dependência, do que decorre um manifesto interesse social evidenciado pela dimensão do dano que pode ser causado.

Exatamente por serem *graves as repercussões na comunidade* sobre o fato da nicotina viciar e dificultar sobremaneira o abandono do vício de fumar, bem como pelo fato de que a indústria fumageira deliberadamente busca esse efeito – transformar o fumante em escravo de seu vício e, conseqüentemente, seu cliente cativo – e por estar ciente do fato, deliberadamente omitido por décadas, de que tal hábito é extremamente danoso à saúde do fumante, é que o direito deve socorrer o fumante, pela sua inerente vulnerabilidade, facilitando-lhe a prova de seu direito.

Todavia, mesmo que se desconsiderasse a previsão legal que favorece o consumidor, facilitando-lhe a defesa de seu direito através da inversão do ônus da prova, não se pode esquecer que o direito da responsabilidade civil vem sofrendo notável evolução nas últimas décadas, já que é um dos ramos do direito que mais aderência guarda com a realidade social e tecnológica. Observando-se a evolução ocorrida em todos os sistemas jurídicos do mundo ocidental, percebe-se claramente que o legislador não

consegue, num primeiro momento, acompanhar o ritmo das mudanças sociais. Assim, as primeiras mudanças surgem no campo das ideias (doutrina) e/ou no campo da prática jurisprudencial. Após a constatação do valor e da eficiência dessas novas ideias e práticas, o legislador, então, algum tempo depois intervém e consolida normativamente tais mudanças.

De fato, essas ideias e práticas, como se sabe, uma vez experimentadas e aprovadas, costumam circular, influenciando outros sistemas jurídicos. Trata-se do importante capítulo da “circulação de modelos jurídicos”, ou “transplantes jurídicos”, analisado no âmbito do direito comparado. Não há porque se reinventar a roda a cada geração e em cada espaço geográfico. É do jurista americano Roscoe Pound a afirmação de que “a história de um sistema jurídico é substancialmente a história de empréstimos de material legislativo oriundos de outros sistemas jurídicos e da inclusão de material estranho ao direito”<sup>21</sup>.

Menciona-se isso para explicar porque é comum, razoável, e até mesmo imperioso que se esteja atento às novas ideias e práticas jurídicas existentes em outros sistemas jurídicos. De fato, constatado que tais novas ideias e práticas funcionam, e funcionam bem, que são justas e melhores do que os modelos até então existentes, é de todo natural que se as ‘importe’. A única preocupação real é que tais ‘novidades’ sejam compatíveis com o sistema jurídico para o qual se importa. Isto porque há muito se sabe que a função judicial não se limita à aplicação silogística das normas legislativas. O ordenamento jurídico não é completo, nem claro, nem coerente, como pretendiam os teóricos iluministas. O ordenamento contém lacunas. Mas a ausência de previsão ou de regulação de um determinado instituto ou figura jurídica não significa minimamente que o legislador não o disciplinou porque não queria acolhê-lo. Na maioria das vezes, a lacuna legislativa se explica por dois óbvios motivos: ou determinado instituto jurídico não foi disciplinado legislativamente pelo fato de ter surgido em momento posterior à edição da norma legal; ou porque o legislador, ao disciplinar determinado assunto, não tinha conhecimento de determinadas ideias/teorias/doutrinas/práticas jurídicas já conhecidas em outros ordenamentos.

Fiz essas referências mais abstratas para justificar a razão da perfeita e racional invocabilidade de doutrinas e práticas jurisprudenciais que vem sendo adotadas em outros países, no que diz respeito à prova do nexo de causalidade.

---

<sup>21</sup> Apud WATSON, Alan. *Il trapianto di norme giuridiche – Un approccio al diritto comparato. (trad. italiana de Legal Transplants)*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1984, p. 20.

É do que tratarei na sequência.

## **5. Da relativização da lógica da certeza e abertura de espaço para a lógica da probabilidade**

Examinando-se as atuais ideias sobre relação de causalidade, tal como transitam em outros ordenamentos jurídicos, nota-se uma nítida flexibilização da lógica da certeza e abertura de espaço para a lógica da probabilidade.

Nossos melhores juristas já estão a par de tais desenvolvimentos e incorporam as novas tendências em suas lições.

Paulo Frota, em sua primorosa tese de doutoramento, dedicada especificamente ao espinhoso tema da causalidade no âmbito da responsabilidade, referiu, escorado em sólida doutrina, que “a discussão disseminada na atualidade em várias áreas do conhecimento, como a Filosofia, o Direito e a Física, refere-se à substituição da causalidade pela probabilidade ou à inserção da probabilidade no âmbito da causalidade”. Mais adiante, volta a referir que “independentemente de se concordar com a substituição da causalidade pela probabilidade, mostra-se insuficiente, na atualidade, não inserir o critério da probabilidade nesta discussão”, e isso porque “a sociedade contemporânea é enformada e informada pela pluralidade, pela incerteza, pela complexidade e pelo risco, o que, obviamente, atinge o direito de maneira incontestável”<sup>22</sup>.

Ainda no direito pátrio, vale a pena citar a sempre brilhante Maria Celina Bodin de Moraes<sup>23</sup>, ao prefaciá-la a preciosa obra de Caitlin Mulholland:

Na responsabilidade civil objetiva a atividade perigosa é inerentemente danosa, assim se pode identificar a probabilidade de danos típicos associados às atividades de risco objetivamente imputadas e, portanto, obter-se um juízo probabilístico da causalidade. Nesses casos, portanto, conclui a autora que a presunção de causalidade seria decorrente de uma investigação através de uma tipicidade em relação à atividade desenvolvida. A análise estatística se fundaria, assim, na

---

<sup>22</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos – Imputação e Nexo de Causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 47 e 283.

<sup>23</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. Prefácio à MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: G/Z Editora, 2010, p. XII. Deve ser dito, porém, que a Prof<sup>a</sup> Maria Celina não defende a responsabilidade da indústria do fumo, diante do obstáculo do livre-arbítrio do fumante.

impossibilidade objetiva da prova do nexo de causalidade, na ocorrência do desenvolvimento de atividade arriscada e na verificação de dano tipicamente associado à atividade realizada.

A própria Caitlin Mulholland refere que:

É desta crise filosófica do princípio da causalidade e de sua decadência que surge a concepção através da qual a causalidade, mais do que certeza, é probabilidade. Um dado acontecimento não desencadeia um determinado efeito, mas aumenta significativamente a probabilidade de sua ocorrência.<sup>24</sup>

Outra jurista carioca, ao discorrer sobre responsabilidade alternativa ou de grupo, também refere a tendência para a flexibilização do nexo de causalidade:

O incremento do número de danos produzidos por grupos de pessoas, sem que seja possível identificar o agente causador do prejuízo, somado à crescente preocupação do Direito com a vítima, tem provocado reações da doutrina e da jurisprudência, no sentido de admitir, em certas hipóteses, a substituição da causalidade real ou efetiva pela causalidade suposta.<sup>25</sup>

A razão de ser desse posicionamento favorável às vítimas de danos nos é dado por Vasco Della Giustina<sup>26</sup>:

De que vale construir pressupostos da responsabilidade, distinguir entre autoria, antijuridicidade, culpabilidade, relação de causalidade e outras distinções mais, se na hora de provar calcamos toda esta pesada atividade na vítima ou nos herdeiros e não distinguimos entre situações onde é razoável que eles provem, porque lhes é fácil, e situações onde a prova, por razões, também, de facilidade, deve estar a cargo de quem se presume ou pode ser o agente danoso.

De fato, o exame de experiências estrangeiras – compatíveis com nosso ordenamento jurídico, frise-se desde logo – demonstra que paulatinamente se vem abandonando o

---

<sup>24</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: G/Z Editora, 2010, p. 95. Em apoio do que afirma, Caitlin invoca autor italiano que sustenta que “falar de causa significa falar de probabilidade e de aumento do risco da produção de um evento” (Marco Capecechi. *Il nesso di causalità: da elemento della fattispecie fatto illecito a critério di limitazione del risarcimento del danno*. Padova: CEDAM, 2002, p. 213.).

<sup>25</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 307. À p. 297 de sua obra, fruto de dissertação de mestrado orientada por Gustavo Tepedino, refere opinião de Clóvis do Couto e Silva, prelecionando sobre causalidade alternativa, segundo o qual “não se trata de ‘questão de presunção’, mas de transformar a própria noção de causalidade real pela admissão de uma ‘causalidade suposta’ – COUTO E SILVA, Clóvis. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile em droit brésilien et comparé*. Cours fait à la Faculté de Droit et Sciences Pllitiques de St. Maur, p. 77.

<sup>26</sup> DELLA GIUSTINA, Vasco. *Responsabilidade civil dos grupos: inclusive no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 14.

modelo da exigência de certeza absoluta para se poder acolher uma pretensão autoral, admitindo-se julgar a partir de uma nova racionalidade, onde se aceita a probabilidade, troca-se a verdade (inatingível) pela verossimilhança, levam-se a sério os dados estatísticos fornecidos pela ciência (nítido exemplo de interdisciplinariedade no campo da prática jurídica).

Na verdade, tal postura sequer é recente ou ‘moderna’. Basta lembrar que Benjamin Nathan Cardozo, que foi um dos mais festejados magistrados norte-americanos de todos os tempos, afirmou, em suas preleções na Universidade de Yale, em 1923, posteriormente reunidas na obra “*A Evolução do Direito*”, que

Quanto mais estudamos a formação do direito (...) tanto mais adquirimos o sentimento de um esforço gradual em direção a um fim, modelado por uma lógica que, fugindo à procura da certeza, deve ficar satisfeita se as suas conclusões tiverem raízes no provável.<sup>27</sup>

Tal mudança de postura, que normalmente acaba facilitando a posição processual do autor, talvez reflita uma conscientização de um dado essencial em termos do “direito dos danos”, que tradicionalmente não era considerado: o dano, essencialmente, é um evento fático, empírico. Danos simplesmente acontecem. Pertencem ao mundo dos fatos. O que o Direito faz é tomar uma posição a seu respeito – ou entende que a vítima deve suportá-los em definitivo (nas palavras de Oliver Wendell Holmes, em seu clássico *The Common Law* – ‘*let the losses lie where they fall*’ – deixem as perdas jazerm onde caírem), ou então fornece mecanismos jurídicos para transferir o dano, estilizadamente (mediante o mecanismo da indenização pecuniária), de quem o sofreu para quem o causou.

Quando a parte intenta uma ação reparatória dos danos sofridos e vê sua pretensão ser desacolhida, a decisão judicial não tem o condão de fazer desaparecer o dano: apenas estabelece, implicitamente, que o dano (que já aconteceu), permaneça definitivamente com o autor. Não há maiores questionamentos quando assim se decide em razão de convencimento judicial de que ou o dano não ocorreu, ou de que o réu não foi o seu autor, ou quando havia razões jurídicas suficientes para se considerar improcedente a demanda (dano praticado em legítima defesa, por exemplo). Todavia, quando a decisão de improcedência é fundada apenas em dúvidas sobre a prova, a questão ganha outra tonalidade. Isto porque, em tal estado de incerteza, do ponto de vista da justiça tanto é

---

<sup>27</sup> CARDOZO, Benjamin Nathan. *A Natureza do Processo e A Evolução do Direito*. Trad. e notas de Leda Boechat Rodrigues. 3ª ed. Coleção AJURIS/9. Porto Alegre: AGE, 1978, p. 207.



injusto condenar-se um inocente a indenizar como deixar-se uma vítima inocente sem reparação.

Os civilistas italianos Mirabelli de Lauro e M. Feola indicam o pano de fundo em que se historicamente se colocaram as regras e cânones sobre o nexo de causalidade no âmbito civilístico:

uma das razões da emergência do problema etiológico reside na concepção, bastante difundida no século XIX e que ainda hoje encontra adeptos, do direito como 'ciência' e, portanto, governado por regras 'científicas', das quais aquelas causais constituiriam o aspecto mais significativo. O atributo de 'ciência' bem se casava com a 'certeza' que se achava devesse ser o escopo primário das regras jurídicas. Múltiplas razões levaram, sobretudo no curso do século XX, à superação daquela concepção.<sup>28</sup>

Tenho que a simples dificuldade de se encontrar provas contundentes para comprovar os fatos constitutivos do direito do autor não deve levar o magistrado a um fácil juízo de improcedência. Diante da potencial injustiça que ele pode estar causando, deve ele ampliar seu horizonte e esgotar as possibilidades de um veredicto contrário.

Para tanto, no campo probatório, pode e deve o magistrado fazer uso dos achados do direito comparado. Se o Direito é uma ciência, necessariamente é uma ciência universal, já que inexistem exemplos de uma verdadeira ciência cujos postulados e princípios tenham validade limitada a um determinado espaço geográfico. Da mesma forma que inexistem uma química francesa, uma matemática inglesa ou uma biologia norte-americana, não existe um Direito que seja exclusivamente brasileiro, italiano ou congolês. O dado normativo, sim, é nacional e exclusivo de um país. Mas a legislação, tal como os costumes, representa apenas um aspecto do fenômeno jurídico, que é muito mais vasto do que uma de suas fontes formais. Portanto, diante do caráter universal da ciência jurídica, é perfeitamente possível a invocação de teses, doutrinas e entendimentos jurisprudenciais de outros países, desde que compatíveis com os princípios jurídicos vigentes no país para onde se quer importá-los. Aliás, não só é possível como também recomendável, a fim de se fazer avançar as ideias jurídicas.

---

<sup>28</sup> MIRABELLI DI LAURO, Antonino Procida; FEOLA, MARIA. *La Responsabilità Civile – Contratto e Torto*. Torino: Giappichelli, 2014, p. 297/298.

No próximo item analisarei precisamente essas novas teorias e práticas que, quando aplicadas, implicam um julgamento não calcado na certeza, mas na verossimilhança, na probabilidade ou numa superior razoabilidade.

## **6. Teorias que implicam uma relativização da lógica da certeza no campo da causalidade**

Como exemplos dessas novas ideias e práticas jurisprudenciais que estão apontando, há décadas, para uma tal flexibilização da prova do nexo de causalidade, citam-se a doutrina da *res ipsa loquitur*; a doutrina da *market share liability*; a doutrina da perda de uma chance (*perte d'une chance*); a doutrina da causalidade alternativa; a doutrina da presunção de causalidade; a doutrina do *more probable than not* ; a doutrina da redução do módulo da prova; a doutrina sueca da verossimilhança; bem como a admissão de probabilidades estatísticas (essa última especialmente importante para o caso em tela).

Em todas essas teorias/doutrinas/práticas jurisprudenciais, troca-se a verdade pela verossimilhança, a certeza pela probabilidade, no intuito de se fazer justiça. Não são simples construções subjetivas que expressam um desejo íntimo e imperscrutável do julgador, mas sim construtos que guardam uma lógica e uma racionalidade que resistem ao diálogo intersubjetivo.

Boa parte dessas construções teóricas e jurisprudenciais são conhecidas pela nossa doutrina. Muitas dessas figuras encontram inclusive aplicação jurisprudencial – bastando que o julgador as conheça.

Daquelas teorias, destacarei algumas, que mais tem a ver com a questão da responsabilização da indústria do fumo pelos malefícios relacionados ao consumo do tabaco.

### **6.1. A doutrina da *res ipsa loquitur***

A doutrina da *res ipsa loquitur* ('a coisa fala por si') é de aplicação rotineira na jurisprudência anglo-americana. Trata-se de uma ideia que substancialmente visa a justificar a inversão do ônus da prova, quando “os fatos falam por si”. É o caso, por exemplo, de alguém, em perfeitas condições de saúde, submeter-se a uma simples cirurgia eletiva – fimose, extração de adenóides, vasectomia, etc. Tais procedimentos,

pela sua simplicidade, normalmente tem caráter ambulatorial, dispensando-se internação do paciente, apresentando prognóstico altamente positivo. Se alguém vem a se submeter a um desses procedimentos e morre, ou fica com graves sequelas, *res ipsa loquitur* – a coisa fala por si! Ou seja, da simples narrativa dos fatos presume-se ter havido alguma falha no procedimento, já que estatisticamente tal tipo de evento não causa qualquer sequela ao paciente. Por óbvio que isso não significa um automático juízo de procedência da ação, mas acarreta a inversão do ônus da prova, fazendo com que recaia sobre o cirurgião a prova de não ter havido nenhuma falha sua e que o evento danoso teria explicação científica passível de ser evidenciada. No fundo, também aqui, quando se aplica tal teoria, não se utiliza um juízo de certeza, mas sim de verossimilhança.

No caso de demandas de responsabilização da indústria do fumo por danos tabaco-relacionados, tal teoria poderia ser invocada na hipótese de um fumante que tenha desenvolvido uma doença estatisticamente muito ligada ao consumo do cigarro, como câncer de pulmão. Se o autor da demanda demonstrasse ser portador de câncer de pulmão, que é/fora fumante inveterado por longo período de tempo, que não possui histórico familiar de tal tipo de doença, que não se enquadra em outros grupos de risco de tal doença, e que há estatísticas apontando que 80% dos casos de câncer de pulmão estão relacionados ao hábito de fumar, então *res ipsa loquitur* – a coisa fala por si. Seria muito mais lógico aceitar-se que a sua patologia decorreu daquela causa específica do que de outra abstrata causa.

## 6.2. A doutrina sueca da verossimilhança

Por outro lado, de algum tempo para cá, em alguns países escandinavos difundiu-se a ideia de ser possível decidir litígios, com julgamento final de mérito, com base na mera probabilidade da ocorrência dos fatos, e não com apoio na certeza<sup>29</sup>.

De fato, interessante **doutrina sueca (teoria da verossimilhança)**, trabalhada por Per Olof Ekelöf<sup>30</sup>, propõe uma relativização da importância da regra do ônus da prova, afirmando que, em vez de se exigir uma demonstração da verdade, bastaria ao julgador uma convicção de verossimilhança.

---

<sup>29</sup> KOKOTT, Juliane. *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law*. Massachusetts: Kluwer Law International, 1998, p. 18.

<sup>30</sup> Analisada pelo professor italiano Salvatore Patti e divulgada entre nós por MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio C.; MITIDIERO, Daniel. *NOVO CURSO DE PROCESSO CIVIL. Vol. 2 – Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 419. As observações constantes no corpo foram extraídas dessa obra.

Segundo ele, em certos casos o juiz deveria chegar à verossimilhança prevista na lei, enquanto que, em outros, ele mesmo poderia determinar o grau de verossimilhança necessário, considerando as circunstâncias do caso concreto. Ou seja, a falta de previsão legal não retiraria do juiz a possibilidade de julgar com base na verossimilhança.

Ainda segundo a doutrina sueca, se a versão de uma das partes é mais verossímil que a da outra, mesmo que minimamente superior, isso seria suficiente para que tivesse ganho de causa. Assim, numa visão radical, bastaria que a prova do autor demonstrasse com um grau de 51% a verossimilhança da alegação, para tornar sua versão mais próxima da verdade. A defesa de tal tese, apesar de sua radicalidade, passa pelo argumento de que tal julgamento é mais racionalmente sustentado do que um julgamento que, embasado na tradicional regra do ônus da prova, considerasse a alegação como não provada, quando houvesse 49% de chance de não ser verdade, contra 51% de chance de ser verdadeira. Trata-se da tese da verossimilhança preponderante.

Ainda que se possa discordar de tal tese (especialmente pela sua generalidade), por ser demasiadamente ousada para os cânones que ainda predominam quanto ao ônus da prova e da postura do juiz frente a ela, não há dúvidas de que ela serve de elemento para apontar para a ocorrência de uma difusa rediscussão do tema do ônus probatório, que está em movimento em todos os cantos do planeta.

Aplicando-se tal teoria ao caso do tabagismo, toda a vez que as estatísticas científicas apontassem para um índice superior a 50% de vinculação de determinada patologia ao consumo de cigarro, as demandas deveriam ser acolhidas.

### **6.3. Teoria da *preponderance of the evidence* (ou da *more probable than not*)**

Uma doutrina que se assemelha àquela sueca da verossimilhança é também conhecida e aplicada jurisprudencialmente no âmbito do direito anglo-americano. No direito norte-americano ela é mais conhecida como ***preponderance of the evidence***, ao passo que na Inglaterra ela é mais conhecida como teoria da ***more probable than not*** (ou ***more likely than not***), em razão de ter sido assim denominada pelo celeberrimo magistrado inglês *Lord Denning*, ao julgar o caso *Miller v. Minister of*

*Pensions*, em 1947. Trata-se de uma técnica de balanceamento de probabilidades, muitas vezes utilizada em casos civis, especialmente no âmbito do direito de família, bem como no direito trabalhista. O *standard* utilizado para julgamento de situações em que não se tem certeza da real situação em disputa é simbolizado pela proposição de que uma versão é “more likely to be true than not true” (é mais provável que seja verdadeira do que não). Para que se tenha como alcançado tal *standard*, bastaria que houvesse mais de 50% de chance de que a versão fosse verdadeira.

Portanto, uma invocação de tal teoria no campo de que estamos tratando se daria substancialmente nos mesmos termos a que aludimos no item anterior.

#### 6.4. A doutrina da redução do módulo probatório

A **doutrina da redução do módulo probatório**, de origem alemã, é bastante utilizada em nossa jurisprudência, muito especialmente no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, em que, pelo princípio da informalidade que lá vigora, associado ao fato da possibilidade do ajuizamento de demandas sem a participação de advogados, muitas vezes se admite a verdade dos fatos alegados, mesmo que não haja provas totalmente concludentes a respeito dos mesmos.

Sobre esta doutrina, o processualista alemão Gerhard Walter<sup>31</sup> faz menção a um duplo significado: um referente a decisões tomadas no início ou curso do processo; e outra quando, ao final, o magistrado julga com base não em certezas, mas sim em probabilidades. Na primeira hipótese, é a própria lei processual que autoriza a convicção de probabilidade (caso da antecipação de tutela, por exemplo – art. 273 do CPC/73: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da **verossimilhança da alegação...**”). Já na segunda hipótese, a redução do módulo da prova é fruto da impossibilidade de o juiz chegar a um convencimento sobre a verdade de um fato, diante das particularidades do caso concreto, e de o direito material recomendar, autorizar ou aceitar uma convicção de probabilidade.

O doutrinador alemão acima citado defende a inexistência de um princípio unitário regulando uniformemente o ônus da prova para todos os tipos de processos. Afirma ser

---

<sup>31</sup> Na tradução de seu livro, *Livre apreciación de la prueba*, citado e analisado por MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio C. e MITIDIERO. *NOVO CURSO DE PROCESSO CIVIL. Vol. 2 – Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 421/422, de onde buscamos as informações expostas no texto.

claramente diverso o nível de convicção judicial exigível no processo penal e no processo civil, por exemplo, variando tal nível também em conformidade com o tipo de processo civil. Refere, assim, que não há como deixar de levar em conta a matéria em discussão no processo. Afasta-se, portanto, da doutrina sueca da verossimilhança preponderante, pois não se pode reduzir o módulo da prova para todos os processos, de forma indistinta e uniforme. Tal redução deve ser aplicada aos casos em que, pela sua natureza, sejam difíceis de serem esclarecidos pelas vias normais, lembrando que os tribunais alemães reduzem o módulo da prova nas hipóteses em que a apuração dos fatos resulta em especiais dificuldades, especialmente quando o direito material indica que essas dificuldades probatórias não devem ser suportadas pela vítima.

Ainda na Alemanha, o professor Jürgen Prölls sustentou, já em 1966, a possibilidade de haver a facilitação da prova em processos de indenização civil, através da redução do standard probatório geral de convicção – *Reduzierung des allgemeinen Beweismasses der Überzeugung*<sup>32</sup>.

A redução do módulo probatório é amplamente aceita, debatida e aplicada entre nós, como se sabe:

A redução do módulo da prova nada mais significa que a prova plena há de ser atenuada, dependendo de cada situação particular, ou seja, não se pode exigir a mesma prova em todas as situações, em especial quando há leis protetoras de determinadas categorias. (...) Assim, a teoria defende que em inúmeros casos, em especial onde há leis protetoras de determinadas categorias, cabe ao magistrado julgar com base na verossimilhança dos fatos aportados aos autos, nas presunções e na regra da inversão do ônus da prova (...) <sup>33</sup>.

Aponte-se, de outro lado, que a redução do módulo da prova para níveis menos exigentes (...) faz com que a argumentação em sede de prova seja produzida com critérios menos exigentes em termos de aceitabilidade das premissas envolvidas na formação da conclusão jurisdicional (...) <sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> PRÖLLS, Jürgen. *Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess*. Karlsruhe, 1966 – apud MIRANDA NETTO, Fernando Gama; LEAL, Stela Tannure; SERRANO, Thiago. *Responsabilidade civil em virtude de doenças associadas ao tabagismo: presunção de causalidade e redução do estândar da prova*. In: *Revista Científica Virtual da Escola Superior da Advocacia da OAB-SP*, n. 17 (inverno 2014). Edição especial: Direito e Tabaco. São Paulo: OAB/SP, 2014, p. 134.

<sup>33</sup> HIGINO NETO, Vicente, “A Teoria da redução do módulo da prova como instrumento de concretização dos princípios do devido processo legal e da igualdade substancial”, in *Revista Jurídica Consulex*, Ano IX, n° 195, 28/02/2005, p. 54-55.

<sup>34</sup> REICHELTL, Luis Alberto. *A Prova do Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 212-215.

Nessa linha de raciocínio, pode-se sustentar que nas hipóteses de concausalidade (doenças multifatoriais, como é o caso do câncer e do DPOC), a causa preponderante poderia servir de suporte condenatório, ou seja, doenças multifatoriais que atacam grande número de pessoas fumantes ou que provoquem o desenvolvimento de uma doença associada ao tabagismo, de acordo com a estatística médica, legitimariam a responsabilização do fabricante do produto fumígeno<sup>35</sup>.

Tendo em vista os fundamentos teóricos desta teoria e considerando as intrínsecas dificuldades de se apresentar prova irrefutável de que a patologia apresentada pelo fumante foi devida exclusivamente à ação dos componentes do cigarro, tenho que pode tal teoria ser aplicada aos casos de responsabilidade civil da indústria do fumo. E isso não só *ex-vi* do disposto no art. 6º, VIII, do CDC, que determina ser direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, bem como também a partir do que dispõe o art. 931 do CC, ao estabelecer que “os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.” Percebe-se, portanto, que é o próprio legislador – processual e material – que procura facilitar a defesa dos direitos do consumidor, o que autoriza, portanto, à luz das premissas da doutrina da redução do módulo da prova, acima expostas, a aplicá-la no caso em questão.

### 6.5. A teoria da presunção de causalidade

Sobre a **teoria da presunção de causalidade** é imprescindível a referência à magistral monografia de Caitlin S. Mulholland<sup>36</sup>, baseada no mecanismo do cálculo de probabilidade estatística, especialmente aplicável aos casos de responsabilidade objetiva e nos chamados danos de massa. Segundo tal teoria, em casos de atividade impregnada de risco, resultando um dano tipicamente associado à referida atividade, em sendo impossível ou difícil a prova do nexo de causalidade, pode e deve o julgador contentar-se com um juízo de probabilidade estatística quanto à relação causal. Ainda que a autora referida entenda que inexistente a responsabilidade da indústria de tabaco pelos danos causados aos fumantes, em razão da assunção do risco por parte destes

---

<sup>35</sup> Nesse sentido manifestam-se MIRANDA NETTO, Fernando Gama; LEAL, Stela Tannure; SERRANO, Thiago. *Responsabilidade civil em virtude de doenças associadas ao tabagismo: presunção de causalidade e redução do padrão da prova*. In: *Revista Científica Virtual da Escola Superior da Advocacia da OAB-SP*, n. 17 (inverno 2014). Edição especial: Direito e Tabaco. São Paulo: OAB/SP, 2014, p. 134 e 135.

<sup>36</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

(aceitação da ideia do livre-arbítrio)<sup>37</sup>, não há como afastar a aplicação, ao caso em tela, de sua concepção sobre a responsabilidade civil por presunção de causalidade.

Segundo a referida autora, poder-se-ia invocar a responsabilidade por presunção de causalidade quando houver: a) dificuldade considerável ou impossibilidade da vítima (autor da ação de indenização) de comprovar, em juízo, a ligação entre o dano que sofreu e a atividade referida como provável causa do dano; b) casos de responsabilidade coletiva (causalidade alternativa), em que a conduta ou atividade a qual deve ser relacionada a causalidade é desconhecida; e c) hipóteses em que existe o desenvolvimento de atividades perigosas, isto é, atividades que geram danos qualitativamente graves. (...) Uma vez identificados estes elementos ou requisitos afigura-se legítimo ao magistrado a análise probabilística da causa para fins de imputar a responsabilidade<sup>38</sup>.

A mesma autora, em outro momento de sua obra, já havia ancorado o dever de reparar alguns danos no princípio da solidariedade social. Eis suas palavras:

A solidariedade social atuaria concretamente objetivando a distribuição dos riscos derivados da atuação ou da atividade geradora de danos injustos e impondo a responsabilidade àquele que teria a melhor condição ou posição de evitar o dano. Em segundo lugar, o solidarismo social imporá a obrigação de indenizar os danos causados por determinada atividade ainda quando não seja possível à vítima do dano fazer a prova irrefutável da existência de um liame de causalidade, por conta da situação peculiar em torno da situação danosa (causalidade múltipla ou dano difuso).<sup>39</sup>

Portanto, apesar da autora afastar a responsabilização da indústria do fumo em razão do suposto livre-arbítrio do fumante (que levaria à aceitação de uma ‘culpa exclusiva’ do fumante pelos seus próprios males – com o que não concordamos, mediante argumentação objeto de artigo doutrinário distinto), não há dúvidas de que a teoria por ela tão magistralmente divulgada em solo pátrio se aplica como uma luva ao caso da responsabilização civil da indústria do fumo.

## 6.6. Teorias probabilísticas

---

<sup>37</sup> Op. cit., p. 255/6.

<sup>38</sup> Op. cit., p. 278/279.

<sup>39</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: G/Z Editora, 2010, p. 80.



No tema que estamos discutindo, impossível não referir as doutrinas que admitem com grande liberdade a convicção baseada em probabilidades estatísticas.

O conhecido constitucionalista português Canotilho também já se manifestou sobre a possibilidade de se aceitar a causalidade probabilística. Embora se tratasse de texto envolvendo direito ambiental, a lógica é igualmente aplicável aos casos de responsabilidade das indústrias fumageiras. Eis suas palavras:

Só existe responsabilidade civil se houver provada a existência de uma relação causa-efeito entre o fato e o dano. Esta relação de causalidade não tem que ser determinística, como uma relação mecânica, mas deve ser uma causalidade probabilística. Considera-se que um determinado fato foi a causa de um determinado dano se, de acordo com as regras da experiência normal, aquele tipo de fato for adequado a causar aquele tipo de dano.<sup>40</sup>

Na Itália, a doutrinadora Marta Infantino<sup>41</sup> aborda as **teorie probabilistiche**, referindo que essas teorias, em uso na Europa e nos EUA, procuram evitar que uma obscuridade probatória sobre os acontecimentos resulte sempre em julgamento desfavorável ao autor. De acordo com tais teorias, um fato pode ser considerado a causa de um resultado negativo se for alta a probabilidade, à luz de estatísticas científicas, de que este último tenha ocorrido em razão da presença do primeiro.

Também em solo italiano, o doutrinador Raniero Bordon<sup>42</sup> refere-se aos julgamentos que aceitam as evidências estatísticas como o **modello della sussunzione sotto leggi scientifiche** (modelo da subsunção sob leis científicas) ou **teoria della causalità scientifica** (teoria da causalidade científica).

Cita este autor importante julgamento das Seções Criminais Unidas, da Corte de Cassação, órgão supremo da jurisdição ordinária italiana (*Cassazione Penale, Sezioni Unite*, 11.9.2002, n. 30328), que assim se posicionou: “O saber científico sobre o qual o juiz pode embasar suas decisões é constituído tanto por ‘leis universais’ (muito raras, na verdade), que identificam no encadeamento de determinados eventos uma invariável regularidade sem exceções, como por ‘leis estatísticas’, que se limitam a

---

<sup>40</sup> GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Introdução ao Direito do Ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998, p. 142.

<sup>41</sup> INFANTINO, Marta. *La causalità nella responsabilità extracontrattuale*. Studio di diritto comparato. Napoli: ESI, 2012, p. 115 e seguintes.

<sup>42</sup> BORDON, Raniero. *Il nesso di causalità*. Torino: UTET, 2006, p. 50s.

afirmar que a verificação de um efeito decorre da identificação de certo evento num certo percentual de casos e com uma relativa frequência”<sup>43</sup>.

O mesmo autor refere, ainda, que “o modelo da subsunção sob leis científicas (que teve grande sucesso na jurisprudência) também é consensual na doutrina médico legal, que sustenta a validade de uma reconstrução da relação causal baseada ‘sobre a essencialidade da documentação científica probatória da recorrência de um efetivo nexos de causalidade material’.”<sup>44</sup>

Em instigante artigo publicado em 2003<sup>45</sup>, Ariel Porat e Alex Stein, professores respectivamente da Universidade de Tel-Aviv e da Universidade Hebraica de Jerusalém, analisam dois importantes casos, então recentes, envolvendo a espinhosa questão do nexos de causalidade. Os casos foram julgados pela *Court of Appeal* inglesa (a segunda corte mais importante, na hierarquia do Judiciário inglês). Citam também um terceiro caso (*Fairchild*), julgado pela então *House of Lords*, posteriormente substituída pela atual *Supreme Court of the United Kingdom*, órgão de cúpula do judiciário inglês.

Segundo tais professores, os julgamentos nos casos *Holtby*, *Allen* e *Fairchild* representam decisões revolucionárias, abordando um aspecto importante do problema da indeterminação do nexos de causalidade, tema que freqüentemente surge em demandas de responsabilidade civil. Nos casos *Holtby*<sup>46</sup> e *Allen*<sup>47</sup>, a *Court of Appeal* afastou a tradicional abordagem dicotômica, segundo a qual ou o autor tem ganho integral em sua causa, obtendo a reparação da totalidade do seu dano, ou nada recebe, *depending on whether his or her case against the defendant is more probable than not* (em tradução literal: dependendo se seu caso contra o réu é mais provável do que não), ou seja, se a sua versão é mais verossímil (provável) do que a do réu.

Nos referidos casos, a Corte de Apelação substituiu esta abordagem binária pelo princípio da indenização proporcional, em que o réu repara os danos sofridos pelo

---

<sup>43</sup> No original: “Il sapere scientifico su cui il giudice può basare le proprie decisioni è costituito sia da leggi ‘universali’ (invero assai rare), che asseriscono nella successione di determinati eventi invariabili regolarità senza eccezioni, sia da leggi ‘statistiche’ che si limitano ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi e con una frequenza relativa”.

<sup>44</sup> BORDON, Raniero. *Op. cit.*, p. 52.

<sup>45</sup> PORAT, Ariel & STEIN, Alex. *Indeterminate Causation and Apportionment of Damages: An Essay on Holtby, Allen, and Fairchild*. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, n. 4 (Winter), 2003, p. 667-702. O abstract pode ser acessado através do site <http://ojls.oxfordjournals.org/content/23/4/667.abstract>, a partir do qual se acede ao texto integral.

<sup>46</sup> Caso *Holtby v. Brigham & Cowan (Hull) Ltd.*, julgado em 2000 (3 ALL ER 423).

<sup>47</sup> Caso *Allen v. British Rail Engineering Ltd.*, julgado em 2001 (EWCA Civ 242).

autor na proporção de sua participação estatística na produção de tal dano. Nesse aspecto, aliás, tal enfoque se aproxima (embora não ela não se identifique) da doutrina judicial da *market share liability* (responsabilidade por quota de mercado). Os autores elogiam a aplicação de tal enfoque, louvando tanto seu aspecto de justiça comutativa quanto seu potencial efeito dissuasório, embora ressalvem que tal novo enfoque deva ser aplicado apenas aos casos recorrentes (exatamente como é o caso das demandas envolvendo doenças tabaco-relacionadas). Já o caso *Fairchild*<sup>48</sup> foi julgado, como dito, pela então *House of Lords*, que igualmente entendeu preferível o critério da proporcionalidade da indenização, no lugar da tradicional abordagem do “*all or nothing*” (tudo ou nada).

Em magistral acórdão da 9ª Câmara Cível do TJRS (Ap. Cível n. 70016845349, j. em 12.12.07), relatado pelo eminente Des. Odone Sanguiné, foram feitas eruditas considerações a respeito do *standard* de prova exigido para um juízo de procedência de demandas que buscam a responsabilização da indústria do fumo por doenças tabaco-relacionadas. Foram trazidas à colação alguns acórdãos de renomados tribunais superiores estrangeiros que condenaram réus mesmo na ausência de provas claras e contundentes, contentando-se com provas estatísticas – ainda que se tratasse de causas penais, nas quais se exige maior grau de convencimento para um veredicto condenatório. Naquela ocasião, disse Sua Excelência o seguinte:

Há uma erosão do paradigma causal do tipo nomológico e uma ruptura da ideia de monocausalidade e da concepção da causa como condição necessária e suficiente, em razão da freqüente falta de conhecimento sobre os mecanismos de causação do

---

<sup>48</sup> O caso *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* foi julgado em 2002 (UKHL 22). Ele envolvia o caso de uma viúva de um trabalhador que havia falecido em razão de um mesothelioma pleural maligno, contraído em razão da aspiração de fibras de *asbestos* (cimento amianto), um resistente material de baixo custo e muito usado, durante muito tempo, na construção civil. A aspiração de tais fibras, ao longo de anos, após um lento desenvolvimento da doença por cerca de 25 a 50 anos, pode causar a morte, como ocorreu no caso em tela. O problema residia em que o falecido Sr. Fairchild havia trabalhado para vários empregadores em cujos estabelecimentos fora utilizado o cimento amianto. O risco de contrair doença relacionada ao *asbestos* depende da quantidade e intensidade da exposição aos mesmos. Saber em que momento a tolerância aos *asbestos* foi ultrapassada e detonado o processo da doença é algo que não se pode identificar. Era impossível, no caso, atribuir-se a um particular empregador a responsabilidade pelo evento. No caso, “while it was possible to say ‘it was one of them’ it was impossible to say which” (ainda que fosse possível afirmar-se que fora um deles, era impossível dizer qual). Sob o entendimento então dominante a respeito da causalidade, tal incerteza levaria à improcedência da ação. Todavia, a então *House of Lords* desenvolvendo o entendimento já anteriormente firmado no caso *McGhee v. National Coal Board*, afirmou que o *test* apropriado para situações similares, era saber se o réu havia “materialmente aumentado o risco de causar dano” (*materially increased the risk of harm*) ao autor. Sendo a resposta positiva, dever-se-ia condenar solidariamente o(s) réu(s) ao pagamento da totalidade do dano invocado pelo autor, ainda que pudessem os devedores solidários, posteriormente, distribuírem regressivamente entre si a responsabilidade. Tal decisão teve um impacto enorme. Estimou-se que a repercussão econômica da aplicação de tal decisão foi de 6,8 bilhões de libras esterlinas, considerando que diariamente morrem 13 britânicos de doenças relacionadas ao *asbestos*, sendo que essa estatística é crescente.

resultado, em três campos particulares: medicina, danos ambientais provocados pela interação de condutas seriais e danos à saúde derivados de defeito do produto, nos quais se observa uma tendência consistente a reconstruir a causalidade segundo um paradigma puramente probabilístico, que desembocam na via do aumento do risco<sup>49</sup>.

Diversos casos analisados pela jurisprudência comparada (Contergan, Lederspray, Holzschutzmittel e do ‘*aceite de colza*’), têm em comum a falta de individualização dos fatores causadores do dano ao interior do produto suspeito de haver provocado lesões à integridade física dos consumidores. Nos **casos Lederspray e Holzschutzmittel**, apesar de que os peritos não terem sido capazes de isolar os fatores produtores do dano ou de indicar a concentração de produto suficiente para determinar danos à saúde dos consumidores, entendeu-se que, apesar da falta de prova em sentido científico naturalístico para afirmar o nexo de causalidade, era suficiente o convencimento judicial, baseada em indícios, da provável existência da correlação causal; basta poder excluir que o dano foi provocado por um produto diverso<sup>50</sup>.

(...)

Na época do **caso Contergan**, no final da década de sessenta e início dos anos setenta, ainda se discutia sobre se a talidomida, substância ativa do sonífero Contergan, ocasionava deformações no feto no caso de ser ingerida durante uma determinada fase da gravidez. No caso do **Lederspray** (*‘spray para couro’*), tampouco era conhecida a substância química ou combinação de substâncias químicas que podiam causar edemas pulmonares, somente se havia constatado uma chamativa coincidência temporal entre a utilização deste spray e a aparição de edemas pulmonares em usuários concretos. Tampouco no **caso da canola**, decidido pelo Tribunal Supremo Espanhol, pôde determinar-se que combinação química resultou tóxica no azeite de canola. Somente existia uma relação estatística verdadeiramente chamativa entre a aparição de um determinado síndrome tóxico e a difusão do azeite de mesa amarelado com anilina. Nestes casos o tribunal também teve que decidir sobre a questão de como deve provar-se ante um tribunal uma lei causal geral<sup>51</sup>. A questão fundamental deste caso é a constatação da relação causal entre o fornecimento da talidomida a mulheres grávidas e as graves deformações nos fetos recém nascidos, que provocavam morte

<sup>49</sup> PIERGALINI, Carlo. *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e político-criminali*, op. cit., pp.168-173.

<sup>50</sup> PIERGALINI, Carlo. *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e político-criminali*, op. cit., pp.190.

<sup>51</sup> PUPPE, Ingeborg. “Problemas de imputación del resultado en el âmbito de la responsabilidad penal por el producto”, in *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (coord. S. Mir Puig-D. M. Luzón Pena), J. M. Bosch editor, Barcelona, 1996, pp.222-223.

pouco depois do parto. (...) Este caso abriu novamente na dogmática penal o debate sobre a causalidade nas hipóteses de cursos causais não comprováveis cientificamente, uma questão que costuma suscitar-se na maioria dos casos de responsabilidade por produtos<sup>52</sup>.

No caso **Erdal ou Lederspray**, o BGH (equivalente alemão ao nosso STJ, *grosso modo*)(...) utiliza o conceito de ‘causalidade geral’. Trata-se, segundo esse Tribunal, de princípio de experiência que servem de base no caso concreto à constatação da causalidade e que normalmente fazem tão provável a relação entre causa e efeito que razoavelmente permitem excluir as dúvidas<sup>53</sup>. A jurisprudência em tema de responsabilidade pelo produto considerou suficiente para determinar a relação de causalidade a constatação de um alto grau de probabilidade na relação de causalidade, é dizer, de que falta uma alternativa plausível de explicação à causação de um dano<sup>54</sup>.

No caso da intoxicação por ‘**aceite de colza**’ ocorrido na Espanha, distribuiu-se para consumo humano óleo de canola fabricado unicamente para atividades industriais (especialmente siderúrgicas) e não para alimentação humana. A ingestão produziu a enfermidade denominada como ‘síndrome tóxico’ ou ‘pneumonia atípica’, produzindo centenas de mortes e milhares de lesões aos consumidores. A Audiência Nacional condenou os importadores, intermediários e distribuidores do azeite, embora não se pôde reproduzir experimentalmente nem se conhece o concreto mecanismo causal através do qual se produziu a enfermidade<sup>55</sup>.

A respeito dessas paradigmáticas decisões de conceituadas Cortes Supremas europeias (Alemanha, Espanha e Itália, no caso por mim citado anteriormente), deve ser levado em consideração o fato de que, nos três casos, se tratava de responsabilização penal. Ora, se para se suprimir o direito de liberdade de alguém aquelas elevadas instâncias judiciais contentaram-se com juízos de probabilidade, fundados em dados estatísticos, então obviamente que um tal modelo de decidir é ainda mais apropriado para demandas cíveis em que se lida com dinheiro e não com valores mais elevados.

### 6.7. Doutrina da *market share liability*

<sup>52</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. “Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos”, *op.cit.*, p.117.

<sup>53</sup> HASSEMER, Winfried/Muñoz Conde, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, *op. cit.*, p.140.

<sup>54</sup> HASSEMER, Winfried/Muñoz Conde, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, *op. cit.*, pp.1151-1155.

<sup>55</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. “Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos”, *op.cit.*, pp.119-120.

A doutrina da *market share liability*, ou responsabilidade por quota de mercado, é uma espécie de teoria probabilística. Sua peculiaridade é que não procurou resolver dúvidas sobre a causalidade, mas sim sobre a autoria.

Tal doutrina foi aplicada, pela primeira vez, no famoso caso *Sindell v. Abbott Laboratories*, julgado pela Suprema Corte da Califórnia, em 1980. Tratava-se de julgar demanda envolvendo os efeitos danosos derivados da ingestão de medicamento contendo o princípio ativo denominado *Diethylstilbestrol* (mais conhecido pela sigla D.E.S.). Referido princípio ativo era componente importante de medicamento utilizado por gestantes que tinham propensão a ter abortos espontâneos. O medicamento havia se revelado muito eficaz para ajudar as gestantes a levarem a gestação a termo e foi muito utilizado a partir de 1941 até 1971, quando a F.D.A. (*Food and Drug Administration* – agência americana que regula o setor) proibiu sua fabricação.

Em típico caso de *development risk* (risco de desenvolvimento), a evolução dos fatos revelou que muitas mulheres, frutos de tais gestações, tendiam a desenvolver câncer após 10 a 12 anos de incubação da doença<sup>56</sup>. Uma dessas moças, chamada Sindell, moveu, então, uma demanda de responsabilidade civil (na verdade, uma *class action*) contra o laboratório Abbott e outros 10 fabricantes de remédios contendo tal princípio ativo. Examinando-se o caso particular da autora Sindell, como ela não tinha mais condições de demonstrar qual medicamento sua mãe havia efetivamente ingerido (ninguém guarda caixas de remédio, recibos de pagamento ou prescrições médicas durante anos a fio!), e não se sabendo, portanto, qual laboratório efetivamente tinha fabricado o medicamento que efetivamente causou os danos à autora, a solução adotada no referido acórdão foi no sentido de se condenar o laboratório Abbott e os demais a pagarem os danos na proporção de sua participação no mercado daquele remédio no Estado da Califórnia, no ano da gestação da autora. Portanto, mesmo sem se ter certeza sobre qual laboratório produziu o remédio, cujo princípio ativo comprovadamente teria causado os danos provados pela autora, responsabilizou-se o laboratório pela sua quota de mercado (*market share liability*)<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> O acórdão refere estudo que estima entre 1,5 e 3 milhões de mulheres que consumiram o medicamento, sendo que várias centenas ou milhares de jovens desenvolveram câncer relacionado ao uso de tal medicamento. O acórdão está acessível no endereço: <http://online.ceb.com/calcases/C3/26C3d588.htm>, acesso em 20.11.15.

<sup>57</sup> Pouco mais de uma década mais tarde, em 1992, a Suprema Corte da Holanda [Hoge Raad], apreciando caso semelhante, foi ainda mais ousada e acolheu a tese da solidariedade – todos os fabricantes seriam solidariamente responsáveis perante as vítimas, podendo posteriormente agirem posteriormente uns contra os outros, no exercício de regresso parcial. Sobre esse caso, v. Cees Van Dam, *European Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 289)

Ainda que tal doutrina não tenha sido aplicada para resolver dúvidas envolvendo nexo de causalidade, mas sim a autoria, pode ela ser aqui referida como uma experiência bem sucedida de se fazer justiça, mesmo com dúvidas remanescentes no espírito do julgador. Parece evidente que a solução dada ao caso foi bem melhor do que a alternativa de se julgar improcedente a ação, por dúvidas sobre qual réu fora o fabricante do medicamento que causara danos à autora.

Antes de prosseguir, examinando as estatísticas pertinente aos efeitos do fumo, convém analisar se é possível, e sob que condições, utilizar-se de achados e informações provenientes de outras ciências, para extrair conclusões jurídicas baseadas nas mesmas. É disso que nos ocuparemos no item seguinte.

## **7. A importância, a legitimidade e a necessidade de abordagem interdisciplinar em tema de responsabilidade civil da indústria do fumo**

Sobre o tema anunciado, é de fundamental importância referirmos o pensamento de **Michele Taruffo** a respeito da importância, para a justiça, dos achados de outras ciências. Eis o que ele tem a nos ensinar:

[a] tradicional ideia de ciência como fonte de prova judicial mudou. Tradicionalmente, de fato, o uso probatório da ciência consistia essencialmente em provas periciais nos campos da medicina, química, engenharia e, às vezes, física e matemática. Em suma, apenas um número limitado de ciências ‘rígidas’ era relevante. Todo o resto, salvo algumas matérias ‘técnicas’, como mecânica e construção, era relegado ao senso comum ou à cultura média do julgador. O panorama das ciências que podem oferecer provas judiciais é, atualmente, completamente diferente. De uma parte, as tradicionais ciências rígidas tornaram-se cada vez mais sofisticadas e especializadas; falamos, agora, de genética, bioquímica, epidemiologia, toxicologia, entre outras. Por outro lado, as chamadas ciências ‘flexíveis’ ou ‘sociais’, como psicologia, a psiquiatria, economia, sociologia, são agora consideradas como possíveis fontes de prova no processo civil<sup>58</sup> (...).<sup>59</sup>

Na sequência, o professor italiano aborda a questão da qualidade e credibilidade dos dados e informações científicos apresentados como meio de prova, referindo que “a distinção básica trava-se entre ‘boa’ ciência e ‘má’ ciência, ou *junk science*.” Depois de

<sup>58</sup> E nesse passo o ilustrado autor cita inúmeros outros autores, de diversificadas tradições jurídicas, que esposam o mesmo pensamento, como Treadway, Johnson, Krafka, Cecil, Faigman, Kaye, Saks, Sanders, Cheng’s, Giannelli, Imwinkelried, Monahan e Walker.

<sup>59</sup> TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 95.

tecer algumas considerações sobre a importância da distinção, especialmente em razão de publicações facilmente localizáveis na rede mundial de computadores, sem que o leigo possa aferir a qualidade do material encontrado, o autor refere que a questão já chegou há tempos aos tribunais:

Em uma situação tão complexa, a decisão proferida no *Daubert case*, em 1993, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, marcou um momento decisivo. No caso *Daubert*, a Corte levou a cabo uma tentativa muito interessante de estabelecer alguns critérios que o juiz deveria aplicar, como um ‘filtro’ que faz uma seleção preliminar das provas científicas como o objetivo de admitir somente aquelas baseadas em ciência ‘válida’. Tais critérios são: a) a verificabilidade e a possibilidade de ser falsa a teoria ou a técnica aplicada; b) o conhecimento da *ratio* de erro real ou potencial; c) a publicação de dados em revistas científicas com *peer-review*; d) a aceitação geral de tais dados por parte da comunidade científica relevante. Ademais, a Corte enfatizou que as provas científicas somente deveriam ser admitidas quando ‘ajustadas’ aos fatos em litígio, isto é, quando as provas forem especificamente relevantes para a decisão sobre esses fatos. Esses critérios impostos pela Suprema Corte no caso *Daubert* foram discutidos, criticados e interpretados em centenas de ensaios. Todavia, o entendimento adotado no caso *Daubert* foi confirmado por outras decisões da Suprema Corte, dando origem, finalmente, à emenda anteriormente mencionada à *Rule 702* das *Federal Rules of Evidence*.<sup>60</sup>

Um pouco mais adiante, o mesmo mestre arremata: “pode-se afirmar que não há bons argumentos contra o uso de provas estatísticas quando essas são diretamente relevantes aos fatos em litígio”<sup>61</sup>.

Demonstrado, então, que a experiência comparatista aponta para importantes mudanças no standard probatório, admitindo-se, por vezes, juízos de probabilidade em vez de juízos de certeza, bem como admitida cada vez mais a chamada prova estatística, desde que consistente e relevante, resta saber se, no caso dos efeitos deletérios associados ao fumo, atenderiam as estatísticas tal expectativa de confiabilidade? Quais são elas e qual sua importância para decisões neste âmbito? Disso trataremos na sequência.

## **8. Dados científicos relevantes para demandas envolvendo a indústria do fumo**

<sup>60</sup> TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, p. 96/97.

<sup>61</sup> TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, p. 99.



Os dados que indicaremos abaixo foram extraídos principalmente da publicação intitulada “**Evidências Científicas sobre Tabagismo para Subsídio ao Poder Judiciário**”, publicado conjuntamente pela Associação Médica Brasileira, pelo Ministério da Saúde, pelo Instituto Nacional de Câncer e pela Aliança de Controle do Tabagismo. A publicação ocorreu em março de 2013 e está baseada em 283 trabalhos científicos internacionais, devidamente citados, representativos de consensos consolidados no mundo científico. Dados também foram extraídos da “**Convenção-Quadro para o controle do Tabaco**”, documento internacional patrocinado pela Organização Mundial da Saúde – OMS, e que está em vigor no Brasil desde 2006. Referida Convenção-Quadro representa o maior consenso entre praticamente todas as nações do mundo sobre os malefícios decorrentes do consumo do tabaco.

Tais dados estatísticos, portanto, preenchem perfeitamente os parâmetros indicados pela Suprema Corte, no citado caso *Daubert*<sup>62</sup>, podendo ser claramente invocados em decisões judiciais, pois não constituem *junk science*.

Preliminarmente, listemos alguns dados gerais extraídos de tais fontes:

- 6 milhões de óbitos anuais, no mundo, relacionados ao tabaco;
- 200 mil óbitos anuais no Brasil;
- Tabagismo é mais difuso na população com baixo nível de escolaridade;
- Em média, o início do consumo do tabaco dá-se aos 13/14 anos de idade;
- No Brasil, 80% dos fumantes começaram a fumar antes dos 19 anos;
- É raro alguém começar a fumar após os 19 anos;

---

<sup>62</sup> Portanto, apesar da enorme admiração que devotamos ao ex-Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr, ousamos discordar de alusão que faz em parecer de sua lavra, igualmente encomendado pela indústria do fumo, a uma referência feita pelo prof. Leonardo Greco ao caso *Daubert*. O que a Suprema Corte norte-americana fez, ao julgar o caso *Daubert*, foi reconhecer a falibilidade da ciência e alertar os magistrados no sentido de que nem todos os dados obtidos em trabalhos científicos poderiam ser tidos como necessariamente verdadeiros. Ela não estava julgando caso relacionado ao tabaco. Claro que com isso todos podemos concordar. Exatamente por isso a *Supreme Court* procurou fornecer parâmetros para identificar a ‘boa ciência’ da *‘junk science’*. No caso que estamos abordando, não há dúvidas de que as informações que reproduzimos no texto passariam galhardamente no *test Daubert*, pois são efetivamente fruto de consensos científicos, com base em pesquisas replicadas em todos os melhores centros de pesquisa mundial. O que é *‘junk science’* são os artigos e pesquisas encomendadas pela indústria do fumo, elaboradas por pseudo-cientistas dispostos a vender e orientar seu conhecimento na direção dos interesses de quem melhor lhes pagar, como ficou exaustivamente demonstrado na nas mais de 1.600 páginas da sentença que julgou procedente a ação ajuizada pelos Estados Unidos contra todas as indústrias do fumo em 2006, pela juíza Gladys Kessler, confirmada em 2009 (caso *United States v. Philip Morris et al.*, atualmente com trânsito em julgado). O parecer do Min. Ruy, a que aludimos, tem por título “Os pressupostos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e as ações de indenização por danos associados ao consumo de cigarros”, e foi publicado junto com inúmeros outros pareceres encomendados pela rica indústria do fumo, na coletânea organizada pela Prof<sup>a</sup> Teresa Ancona Lopez, *Estudos e Pareceres sobre Livre-arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente – O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 479 (local onde é feita a referência ao caso *Daubert*).

- “Só no séc. XX o tabagismo matou cerca de 100 milhões de pessoas, e caso as atuais tendências de consumo sejam mantidas, no século XXI poderá matar cerca de 1 bilhão”, segundo ex-diretora da Organização Mundial da Saúde - OMS.

Seguem alguns dados técnicos, igualmente proveniente das mesmas fontes:

- A OMS – Organização Mundial de Saúde – classifica o tabagismo como uma doença (CID-10): “transtorno mental e comportamental decorrente do uso de substância psicoativa”;
- “O tabagismo é uma doença multifatorial, em que o principal componente é a dependência da nicotina”;
- A OMS classifica a NICOTINA como substância psicoativa (estimulante), que causa dependência química;
- A dependência “é caracterizada pelo uso e a necessidade, tanto física como psicológica, de uma substância psicoativa, apesar do conhecimento de seus efeitos prejudiciais à saúde”;
- “A partir da instalação da dependência, a capacidade de decidir de forma livre e autônoma está comprometida”;
- “O fumante é uma pessoa que contraiu uma doença crônica, uma dependência química à nicotina, que o obriga a se expor a mais de 4.700 substâncias tóxicas”;
- “A nicotina chega ao cérebro entre 7 a 19 segundos” e acarreta a liberação de dopamina, que leva a uma sensação de prazer e euforia. “O fumante não fuma porque quer, e sim porque precisa repor nicotina”;
- “O fumante, como dependente químico que é, não tem domínio e nem racionalidade quanto à sua dependência. O indivíduo fumante continua fumando porque tem muita dificuldade de livrar-se da dependência à nicotina e, em muitas circunstâncias, não tem como vencer a verdadeira pressão interna que os receptores nicotínicos cerebrais exercem sobre o seu comportamento e a sua vontade”;
- “O relatório ‘Consequências do Tabagismo para a Saúde’, publicado em 2004, pelo ‘Surgeon General’ (Deptº de Saúde dos EUA), concluiu que há evidência suficiente para inferir uma relação denexo causal entre tabagismo e os cânceres de pulmão, laringe, cavidade oral, faringe, esôfago, pâncreas, bexiga, rins, colo uterino e estômago, e leucemia mieloide aguda”;

- “O tabaco é o principal fator para a DPOC, gerando tanto a inflamação crônica das vias aéreas (bronquite tabágica) como a doença degenerativa dos alvéolos (enfisema pulmonar)”;
- “Fumar é a principal causa de doença pulmonar obstrutiva crônica (DPOC)”;
- “Em 1984, o relatório do “Surgeon General” do Departamento de Saúde dos EUA, concluiu que 80% a 90% da morbidade da DPOC são atribuíveis ao consumo de cigarros”;
- “O risco da DPOC em fumantes é dose-relacionada”;
- “Em torno de 15% dos indivíduos que fumam um maço/dia e 25% daqueles que fumam mais de um maço/dia desenvolvem a DPOC; 85% dos diagnósticos da DPOC tem origem tabágica”;
- “Há mais de 60 substâncias cancerígenas identificadas na fumaça do tabaco, que causam, iniciam ou promovem o câncer de vários órgãos”;
- Identificam-se “55 doenças relacionadas ao tabagismo, atingindo os aparelhos respiratório, cardiovascular, digestivo e gênito-urinário”;
- “O tabaco está associado ao aumento do risco de morte súbita, infarto agudo do miocárdio, angina do peito, doença vascular periférica e acidente vascular encefálico”;

Poder-se-ia resumir tudo isso reproduzindo trecho em que se afirma que “segundo a OMS, os produtos de tabaco são os únicos produtos legais que não trazem nenhum benefício para seus consumidores e matam cerca de 50% deles quando consumidos conforme orientações dos fabricantes”.

Tenho ser impossível não levar a sério tais dados e estatísticas, que representam consensos científicos avalizados e convalidados universalmente e legitimados por órgãos públicos de inúmeros países, bem como pela própria Organização Mundial da Saúde – OMS.

Tão preocupante é a situação que a própria Organização Mundial da Saúde – OMS – escolheu o controle do tabaco para ser objeto da primeira Convenção Internacional liderada por ela, exatamente pela sua relevância para a saúde humana.

Da referida Convenção resultou o Tratado Internacional sobre o controle do tabaco, batizado de Convenção-Quadro<sup>63</sup> sobre controle do uso do Tabaco, assinado pelo Brasil, ratificado pelo Senado Federal pelo Decreto Legislativo em 27.10.05 e promulgado pelo Decreto Presidencial n. 5.658, de 02.01.2006. Referida Convenção foi assinada por 168 países, o que a torna um dos tratados mais amplamente adotados na história das Nações Unidas.

Pois essa mesma Convenção-Quadro, fruto de tão amplo consenso, destaca, em seu preâmbulo, as razões que levaram a OMS a capitanear tão importante iniciativa:

Reconhecendo que a propagação da epidemia do tabagismo é um problema global com sérias consequências para a saúde pública, que demanda a mais ampla cooperação internacional possível e a participação de todos os países em uma resposta internacional eficaz, apropriada e integral;

...

Reconhecendo que a ciência demonstrou de maneira inequívoca que o consumo e a exposição à fumaça do tabaco são causas de mortalidade, morbidade e incapacidade e que as doenças relacionadas ao tabaco não se revelam imediatamente após o início da exposição à fumaça do tabaco e ao consumo de qualquer produto derivado do tabaco;

Reconhecendo ademais que os cigarros e outros produtos contendo tabaco são elaborados de maneira sofisticada de modo a criar e a manter a dependência, que muitos de seus compostos e a fumaça que produzem são farmacologicamente ativos, tóxicos, mutagênicos, e cancerígenos, e que a dependência ao tabaco é classificada separadamente como uma enfermidade pelas principais classificações internacionais de doenças; (...)”<sup>64</sup>

Vê-se, portanto, que os dados estatísticos são impressionantes ao relacionar claramente inúmeras patologias ao consumo prolongado do cigarro. Diante da força e credibilidade de tais estatísticas – frutos de consensos na área médico-científica – não há como se

---

<sup>63</sup> Importante notar que uma característica marcante da Convenção Quadro é sua estreita ligação com os tratados de direitos humanos. Tanto assim que a Comissão sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC – órgão de especialistas independentes, vinculados à ONU, que monitora a implementação do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais [PIDESC], pelos Estados signatários), em 2009, durante a revisão periódica do Brasil, recomendou que o governo brasileiro, como signatário do PIDESC, tomasse medidas para reduzir o impacto do tabaco na população, invocando a Convenção-Quadro. Essa forte vinculação entre a Convenção-Quadro e os tratados de direitos humanos tem feito com que ela seja considerada um tratado de direitos humanos por si só. É o que já decidiram os tribunais constitucionais do Peru, Costa Rica e México, para ficar nos exemplos latino-americanos – segundo CABRERA, Oscar; GUILLEN, Paula Ávila; CARBALLO, Juan. “Viabilidade Jurídica de uma Proibição Total da Publicidade de Tabaco. O Caso perante a Corte Constitucional da Colômbia”. In: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). *Publicidade de Tabaco – Frente e Verso da Liberdade de Expressão Comercial*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 256 e 257.

<sup>64</sup> Texto oficial da *Convenção-Quadro para o controle do Tabaco*, versão em português, divulgado pelo Ministério da Saúde e publicado pelo Instituto Nacional de Câncer – INCA, Rio de Janeiro, 2012, p. 27.

prosseguir com a postura de apego às velhas noções de causalidade e de prova da dogmática clássica. Isso só é possível se deliberadamente desejarmos facilitar a defesa da indústria do fumo. Caso se pretenda que todos (e não só os fumantes) sejam efetivamente responsáveis por suas condutas e atividades, então há que se buscar um novo olhar sobre tais noções de causalidade e de prova. É o que se tenta aqui fazer.

É hora de concluir.

## 9. Considerações finais

Para quem efetivamente se informar sobre as verdades científicas e, hoje, tornadas indiscutíveis, sobre os malefícios do cigarro e sobre a reprovável conduta da indústria do fumo ao longo de décadas, não há, com a devida vênia, como continuar recitando o *script* fornecido pelas hábeis mãos dos advogados das empresas do fumo que procuram convencer sobre a ausência de provas hábeis da relação de causalidade entre o hábito de fumar e algumas dezenas de doenças tabaco-relacionadas.

Há, sim, suficientes dados científicos irrefutáveis, fruto de consensos hoje universais, a apontar uma relação de causalidade próxima, adequada e direta entre o vício do tabagismo e inúmeras doenças.

Isso não significa, porém, que se deva ou que se possa responsabilizar integralmente a indústria do fumo pelos danos causados aos fumantes. Isso porque, caso não venha a ser demonstrado que efetivamente a patologia que acometeu o autor, numa hipotética demanda judicial, era devida exclusivamente ao prolongado hábito de fumar, restará, sim, uma margem percentual de chance de que aquela doença seja oriunda de outros fatores. Todavia, tentei demonstrar que não é justificável, nem aceitável, que em nome dessa diminuta probabilidade se negue toda e qualquer pretensão indenizatória. Utilizando-se a mesma racionalidade que lastreia a doutrina da *market share liability* (responsabilidade por quota de mercado) ou que informa os casos ingleses antes referidos (casos *Holtby*, *Allen* e *Fairchild*), pode-se fazer melhor e alcançar mais justiça. De fato, mais razoável do que simplesmente julgar-se improcedente a demanda, em razão do resíduo de dúvida remanescente acerca do nexos de causalidade entre o tabagismo e a doença desenvolvida, pode-se acolher a pretensão, mas condenando-se a indústria do fumo apenas no percentual de probabilidade estatística de que aquela doença derive do tabagismo. Assim, por exemplo, se as estatísticas científicas mais abalizadas e atualizadas apontarem no sentido de que 85% dos casos de câncer de

pulmão estão diretamente relacionados ao tabagismo, julgar-se-ia parcialmente procedente a ação para se condenar a indústria do fumo ao pagamento de 85% da pretendida e hipotética indenização.

Caso se entenda que haja uma margem de culpa concorrente do autor da ação, pelo resíduo de livre-arbítrio que o levou a fumar (em artigo doutrinário em separado, analisei em profundidade a questão do livre-arbítrio, tentando demonstrar por que, no caso do tabagismo, não se pode propriamente falar em livre-arbítrio), pode-se inclusive fazer incidir uma segunda diminuição do percentual de responsabilidade da indústria do fumo.

O que não mais se pode aceitar, diante dos avanços da ciência jurídica contemporânea, é que em nome de dúvidas artificiais sobre nexo de causalidade continue a indústria do fumo impunemente a lucrar em cima dos milhões de mortes que diretamente causa a cada ano.

Está mais do que em tempo de se realmente levar a sério a ideia básica da causalidade – que cada um responda pelos danos que seus produtos causam.

## 10. Referências bibliográficas

AGUIAR JR, Ruy Rosado. “Os pressupostos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e as ações de indenização por danos associados ao consumo de cigarros”. In: LOPEZ, Teresa Ancona (org.). *Estudos e Pareceres sobre Livre-arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente – O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ALVARO DE OLIVEIRA. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “Problemas atuais da livre apreciação da prova”. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Prova Cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ASSIS, Alexandre Caminho de; VERONESE, Luna Veronese e. “Os males da indústria tabagista e o direito brasileiro”. In: Revista Jurídica *Consulex*, ano XVIII, n. 429, 1º.12.2014, número especial: “TABAGISMO – Polêmica Reacesa”.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Prefácio à MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: G/Z Editora, 2010.

BORDON, Raniero. *Il nesso di causalità*. Torino: UTET, 2006.

CABRERA, Oscar; GUILLEN, Paula Ávila; CARBALLO, Juan. “Viabilidade Jurídica de uma Proibição Total da Publicidade de Tabaco. O Caso perante a Corte Constitucional

da Colômbia”. In: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). *Publicidade de Tabaco – Frente e Verso da Liberdade de Expressão Comercial*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPECCHI, Marco. *Il nesso di causalità: da elemento della fattispecie fatto illecito a critério di limitazione del risarcimento del danno*. Padova: CEDAM, 2002.

CARDOZO, Benjamin Nathan. *A Natureza do Processo e A Evolução do Direito*. Trad. e notas de Leda Boechat Rodrigues. 3ª ed. Coleção AJURIS/9. Porto Alegre: AGE, 1978.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. “Controle do uso do tabaco: constitucionalidade do controle da distribuição e da publicidade”. In: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). *Publicidade de Tabaco – Frente e Verso da Liberdade de Expressão Comercial*. São Paulo: Atlas, 2015.

VAN DAM, Cees. *European Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade Civil da Indústria do Tabaco*. In HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). *Controle do Tabaco e o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DELLA GIUSTINA, Vasco. *Responsabilidade civil dos grupos: inclusive no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos – Imputação e Nexos de Causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Introdução ao Direito do Ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1995.

HIGINO NETO, Vicente, “A Teoria da redução do módulo da prova como instrumento de concretização dos princípios do devido processo legal e da igualdade substancial”, in Revista Jurídica *Consulex*, Ano IX, nº 195, 28/02/2005.

HOMSI, Clarissa Menezes. “As Ações Judiciais Envolvendo o Tabagismo e seu Controle”. In: HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). *Controle do Tabaco e o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

HONORÉ, Anthony Maurice (Tony). *Causation and Remoteness of Damage*. Chapter 7 do Vol. XI (*TORTS*, coord. por André Tunc), da *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1983.

INFANTINO, Marta. *La causalità nella responsabilità extracontrattuale. Studio di diritto comparato*. Napoli: ESI, 2012.

KOKOTT, Juliane. *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law*. Massachusetts: Kluwer Law International, 1998.

LÔBO, Paulo N. Prefácio à obra de FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos – Imputação e Nexos de Causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.

MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio C.; MITIDIÉRO, Daniel. *NOVO CURSO DE PROCESSO CIVIL. Vol. 2 – Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RICARD, Matthieu. *A revolução do altruísmo*. São Paulo: Palas Athena, 2015.

MIRABELLI DI LAURO, Antonino Procida; FEOLA, MARIA. *La Responsabilità Civile – Contratto e Torto*. Torino: Giappichelli, 2014.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama; LEAL, Stela Tannure; SERRANO, Thiago. “Responsabilidade civil em virtude de doenças associadas ao tabagismo: presunção de causalidade e redução do estândar da prova”. In: *Revista Científica Virtual da Escola Superior da Advocacia da OAB-SP*, n. 17 (inverno 2014). Edição especial: Direito e Tabaco. São Paulo: OAB/SP, 2014.

MOREIRA ALVES, José Carlos, “A causalidade nas ações indenizatórias por danos atribuídos ao consumo de cigarros”. In: LOPEZ, Teresa Ancona (coord.). *Estudos e Pareceres sobre Livre-arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente – O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

PORAT, Ariel; STEIN, Alex. “Indeterminate Causation and Apportionment of Damages: An Essay on Holtby, Allen, and Fairchild”. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, n. 4 (Winter), 2003, p. 667-702.

PUPPE, Ingeborg. “Problemas de imputación del resultado en el âmbito de la responsabilidad penal por el producto”. In: PUIG, Santiago Muir; PEÑA, Diego-Manuel Luzón (coord.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: J. M. Bosch editor, 1996.

REICHELTL, Luis Alberto. *A Prova do Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Ed. Livr. do Advogado, 2009.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. “Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos”. In: REIG, Javier Boix; BERNARDI, Alessandro (coord.). *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*. Madrid: Iustel, 2005.

SCHWARTZ, Gary T. “Tobacco Liability in the Courts”. In: RABIN & SUGARMAN (eds.), *Smoking Policy: Law, Politics, and Culture*. New York: Oxford University Press, 1993.

TARUFFO, Michele. “Verdade e processo”. In: TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: Ensaios*. Apres., org. e trad. de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013 (Coleção Processo e Direito).

TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

VEDOVATO, Luís Renato. “A Convenção-Quadro sobre Controle do uso do Tabaco – Consequências para o ordenamento jurídico brasileiro”. In: HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). *Controle do Tabaco e o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2011.



WATSON, Alan. *Il trapianto di norme giuridiche – Un approccio al diritto comparato. (trad. italiana de Legal Transplants)*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1984.

civilistica.com

Recebido em: 10.05.2016  
Publicado a convite

**Como citar:** FACCHINI NETO, Eugênio. A relativização do nexo de causalidade e a responsabilização da indústria do fumo – a aceitação da lógica da probabilidade. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-relativizacao-do-nexo-de-causalidade/>>. Data de acesso.