



Ações Indenizatórias Contra a Indústria do Tabaco: Estudo de Casos e Jurisprudência

Andrea Lazzarini Salazar
Karina Bozola Grou



ACTbr
Aliança de Controle do Tabagismo



Ações Indenizatórias Contra a Indústria do Tabaco: Estudo de Casos e Jurisprudência

Junho de 2011

Ficha Técnica

Título: Ações Indenizatórias Contra a Indústria do Tabaco: Estudo de Casos e Jurisprudência

Autoria: Andrea Lazzarini Salazar e Karina Bozola Grou

Supervisão: Aliança de Controle do Tabagismo

Projeto Gráfico: FW2 | fw2.com.br

Realização:



ACT | Aliança de Controle do Tabagismo

Rua Batataes, 602, cj 31, CEP 01423-010, São Paulo, SP | Tel/fax 11 3284-7778, 2548-5979

Av. N. Sa. Copacabana, 330/404, CEP 22020-001, Rio de Janeiro, RJ | Tel/fax 21 2255-0520, 2255-0630

actbr.org.br | act@actbr.org.br

Índice

Apresentação	5
I. Objetivos	6
II. Metodologia	7
III. Resultados quantitativos	9
1. Distribuição por Tribunais	9
2. Características das ações	10
3. Características dos julgados	11
4. Resultados dos julgados	11
1º Instância	11
Decisões favoráveis em 1º instância	12
2º Instância	13
Decisões favoráveis em 2º instância e condenação	13
Indenização e prescrição	14
Decisões que não apreciaram o mérito	15
Decisões desfavoráveis em 2º instância	16
Superior Tribunal de Justiça	18
Prescrição no STJ	18
Responsabilidade reconhecida na decisão	20
IV. Fundamentos das decisões	21
V. As teses da indústria tabagista que têm prevalecido no Judiciário	24
1. Responsabilidade subjetiva	25
2. Livre arbítrio	26
3. Ausência de nexo causal	27
4. Licitude da produção e comercialização de cigarros	29
5. Prescrição	31
VI. Conclusões e encaminhamentos	33
ANEXO I – Formulário de análise de acórdãos	34
ANEXO II – Tabela com dados dos acórdãos	36
ANEXO III – Relação das decisões examinadas	40
ANEXO IV – Decisões favoráveis às vítimas	42

Apresentação

O Poder Judiciário tem tido crescente importância na efetivação dos direitos dos cidadãos, com suas decisões repercutindo amplamente na sociedade.

Nas ações judiciais indenizatórias movidas contra as empresas fabricantes de cigarro, a maior parte das sentenças e acórdãos tem decidido pela irresponsabilidade desses fornecedores nos casos de adoecimento e morte de fumantes.

Tais decisões refletem o poder dessas empresas, litigantes habituais inclusive em nível internacional, com capacidade econômica para contratar grandes bancas e renomados pareceristas, e assim emplacar suas teses junto ao Poder Judiciário.

O objetivo desse trabalho é analisar esse fenômeno e entender porque empresas que colocam no mercado produto que causa doenças, incapacidade e mortes, além de danos ao erário público com os volumosos gastos nas áreas da saúde e da previdência, conseguem eximir-se de sua responsabilidade e evitar a aplicação da legislação nacional e dos princípios gerais de direito, que privilegiam o direito à vida, à saúde e à defesa do consumidor.

Com base na análise de quase 100 decisões judiciais de todo o país proferidas nos últimos anos, procurou-se traçar um panorama do conjunto das ações indenizatórias. Em que pese a existência de teses distintas, o que se pode verificar é a prevalência de soluções que protegem as empresas e deixam de reconhecer o que para a Medicina é inquestionável, ou seja, que o tabagismo é fator causal para várias doenças, como câncer de pulmão e tromboangite obliterante; ou que essas relações entre tabagismo e determinadas doenças vêm sendo confirmadas cientificamente nas últimas décadas; ou ainda que a nicotina causa dependência.

Apesar dos esforços e recursos investidos pelas empresas de tabaco para não responder pelos danos causados por seu produto, é com entusiasmo que se verifica o contínuo surgimento de decisões e votos que as responsabilizam.

A Aliança de Controle do Tabagismo – ACT publica o presente trabalho com o intuito de contribuir para o debate entre os operadores do direito e para a busca de decisões que espelhem os fins da legislação nacional: a proteção da saúde e da vida, e estejam em consonância com os consensos alcançados pelas Ciências Médicas e declarados, entre outros, pela Organização Mundial da Saúde – OMS e e pela Convenção Quadro para o Controle do Tabaco, tratado internacional ratificado por mais de 170 países, entre eles o Brasil.



Paula Johns
Diretora da ACT

I

Objetivos

O objetivo geral da pesquisa é mapear o universo de decisões judiciais proferidas em todo o país nos anos recentes para conhecer as características das ações e das vítimas e analisar o posicionamento do Poder Judiciário.

Achados de pesquisa anterior realizada pela ACT¹ demonstram que a maioria dos julgados não reconhece o direito à reparação pleiteado pelas vítimas ou seus sucessores. Aprofundar a compreensão sobre os fundamentos utilizados pela Justiça e as teses jurídicas em debate é o objetivo específico desta pesquisa.

A análise minuciosa sobre os posicionamentos do Poder Judiciário, inclusive as eventuais diferenças entre instâncias e regiões do país no tratamento da matéria, visa a contribuir para indicar rumos para a atuação da ACT, dos operadores do Direito e demais envolvidos.

1 *A Indústria do Tabaco no Poder Judiciário: Pesquisa sobre ações judiciais indenizatórias promovidas contra a indústria do tabaco: Um retrato da posição do Poder Judiciário quanto à relação Fumante – Indústria do Tabaco*, coordenação Clarissa Menezes Homsy, ACT, 2008.

II

Metodologia

A presente pesquisa teve por objeto todas as decisões judiciais proferidas pelos Tribunais Estaduais e pelos Tribunais Superiores entre 01 de janeiro de 2007 a 30 de abril de 2010. Fora do período examinado, foi incluída uma única decisão julgada no mês de maio de 2010. O acréscimo se justifica por se tratar de um acórdão do STJ, Instância Máxima em matéria de legalidade, onde foram encontradas poucas decisões no período da pesquisa.

A coleta de acórdãos foi feita exclusivamente pelos sites dos Tribunais, a partir de consulta ao banco de dados de '*jurisprudência*', utilizando-se dos critérios *Souza Cruz*; *Souza Cruz S.A.*; *Souza Cruz e Philip Morris*; *Philip Morris*; *BAT*; *Altria*; *indenização e tabaco*, *indenização e cigarro*; *cigarro*, *tabagismo*. E também por meio da busca de processos pelo nome de réus, considerando os seguintes: *Souza Cruz*; *Souza Cruz S.A.*; *Souza Cruz e Philip Morris*; *Philip Morris*; *BAT*; *Altria*.

O uso de dois critérios de busca nos sites teve como finalidade assegurar a fidelidade do universo pesquisado. Os critérios utilizados foram os mesmos em todos os Tribunais, nos dois critérios de busca.

Todas as decisões foram impressas, numeradas, lidas e registradas em formulários individuais (ANEXO 1). Os dados assinalados nos formulários foram lançados em um banco de dados em planilha excel (ANEXO 2), propiciando a análise das informações extraídas das decisões. A relação dos julgados examinados encontra-se no ANEXO 3.

O formulário contém os seguintes dados: órgão julgador; número do acórdão; tipo de recurso julgado; data do julgamento; município de origem; natureza da ação (individual ou coletiva); objeto da ação (tipo de indenização pleiteada); qualificação do autor (se vítima, familiar ou outros); réu; razões para fumar; doença causada à vítima; morte; realização de perícia; resultado da perícia; outras provas solicitadas; outras provas admitidas; resultado em 1ª instância; resultado em 2ª instância; resultado na instância especial (STJ ou STF); responsabilidade reconhecida na decisão; condenação; fundamentação.

A análise dos acórdãos considerou a vítima do cigarro como o centro da análise. Assim, a indicação de favorável ou desfavorável se refere sempre à vítima: desfavorável à vítima, favorável à vítima – independentemente de qual a parte processual recorrente ou recorrida.

As decisões de embargos declaratórios e agravo interno que não alteraram o resultado do julgado foram descartados da análise, evitando a duplicidade de informações.

Foram selecionadas passagens de acórdãos transcritas neste relatório com a finalidade de ilustrar os argumentos usados na defesa de cada uma das teses mais recorrentes.

Notas importantes sobre o relatório:

Nota 1: Assim como a análise dos acórdãos, o presente relatório tem como referência a vítima. Portanto, quando se fala em decisão favorável, quer-se dizer favorável à vítima; quando se fala em desfavorável, significa desfavorável à vítima, independentemente das posições de recorrente e recorrido ocupadas pelas partes no processo.

Nota 2: Em termos jurídicos, o reconhecimento da prescrição da ação é matéria de mérito, nos termos do artigo 269, IV, do Código de Processo Civil. Portanto, os formulários foram preenchidos atendendo a esse rigor legal. Mas, no presente relatório que tem o objetivo de apresentar o entendimento do Poder Judiciário para um universo diversificado de atores, não se restringindo aos

profissionais do Direito, um item específico foi dedicado aos acórdãos que apreciaram o mérito, na acepção jurídica, distinguindo-se aqueles que decidiriam acerca do direito da vítima à indenização e os que apreciaram (apenas) a prescrição.

Nota 3: Para uma análise completa, de cada acórdão se extraiu as informações sobre a decisão de 1ª instância proferida na ação e também de 2ª instância, no caso dos julgados analisados do STJ. Assim, dos acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça foi possível anotar o resultado das decisões de 1ª e 2ª instância, além da decisão do STJ. E dos julgados prolatados pelos Tribunais Estaduais, foi possível extrair os resultados de 1ª instância, além do julgado propriamente dito proferido em 2ª instância.

Nota 4: Em todas as tabelas e dados de 2ª instância em que consta uma coluna “STJ” significa que são os resultados dos julgamentos em 2ª instância obtidos por meio da leitura dos acórdãos do STJ.

Nota 5: Os resultados das decisões judiciais *por instância* apresentados adiante não significam o resultado atual da ação ou o resultado final. Tais dados propiciam constatar o retrato do julgamento naquela instância, permitindo ainda uma análise de eventuais variações entre a 1ª e a 2ª instância e também entre essas instâncias ordinárias e o Superior Tribunal de Justiça.

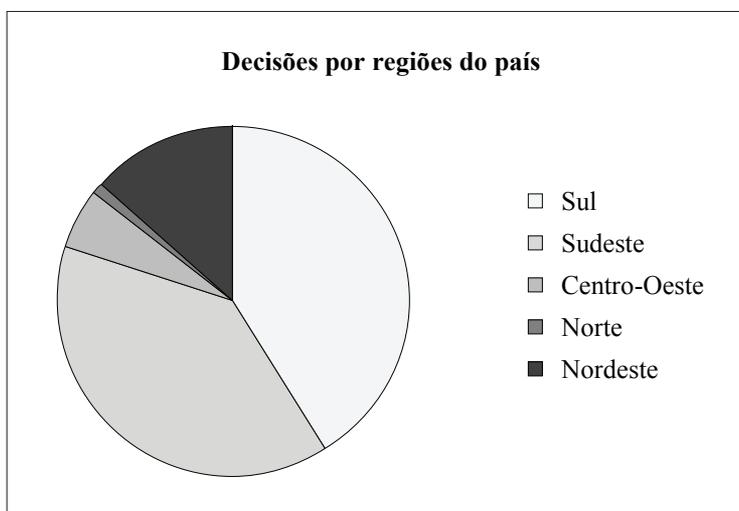
III

Resultados quantitativos

1. Distribuição por Tribunais
2. Características das ações
3. Características dos julgados
4. Resultados dos julgados

1. Distribuição por Tribunais

Foram encontrados 96 acórdãos proferidos no período analisado, dos quais apenas 6 são decisões do Superior Tribunal de Justiça. Foram localizadas 90 decisões em 12 Estados e no Distrito Federal, com concentração expressiva nas regiões Sul e Sudeste com 83,2% (75 decisões).



Em 13 Estados não foram encontradas decisões, são eles: Acre; Alagoas; Amapá; Amazonas; Espírito Santo; Goiás; Mato Grosso do Sul; Maranhão; Pernambuco; Piauí; Rondônia; Roraima e Sergipe. Na Paraíba não foi possível realizar a pesquisa devido à inacessibilidade do site do Tribunal nas diversas tentativas efetivadas.

A distribuição entre os Estados é apresentada na tabela abaixo:

Tribunal de Justiça	Número de decisões
Santa Catarina	19
São Paulo	18
Minas Gerais	10
Rio Grande do Sul	13
Rio de Janeiro	7
Rio Grande do Norte	7

Paraná	5
Distrito Federal	3
Ceará	4
Bahia	1
Mato Grosso	1
Pará	1
Tocantins	1
Total	90

2. Características das ações

Autor

As decisões examinadas são originárias de recursos interpostos em ações individuais de indenização, existindo um único recurso decorrente de ação coletiva promovida pela Associação de Defesa da Saúde do Fumante - ADESF. Dentre as ações individuais, parte foi proposta pela própria vítima (51 ações ou 53,1%) e parte por familiares (44 casos ou 45,8%). Nos casos em que ocorreu morte da vítima no curso da ação por ela intentada, assumindo-se os sucessores a demanda, foi computada como “ação proposta pela vítima”.

Objeto

Do total de ações, em 79,1% dos casos (76 decisões) pleiteavam indenização por danos morais, sendo que em 34,3% do total de ações (33 decisões) o pedido era exclusivamente de danos morais e em outras 40 ações (41,6%) o pedido cumulava danos morais e materiais. O restante se divide em 3 ações com pedido de danos materiais; 2 com pedido de danos materiais, morais e estéticos; 1 ação pedindo danos morais e estéticos; e, em 17 casos não foi identificado o tipo de indenização pretendida.

Réu

A Souza Cruz figurou como ré na esmagadora maioria das ações (92 casos ou 95,8%), sendo que destes a Philip Morris foi corré em 14. Em outras 4 ações, a Philip Morris foi a empresa processada.

Razões para fumar

Nos relatórios e/ou fundamentações de 78 casos (81,2% do total), aparecem o vício, a falta de informação e a publicidade, como causa única ou associadas. Em um caso, a razão indicada foi o “hábito”. Não foram apresentadas as motivações para fumar em 17 decisões.

Doenças causadas à vítima

Dentre as doenças provocadas pelo consumo de cigarro, destacam-se pela maior incidência os casos de câncer (44 casos ou 45,8%), sendo o mais recorrente o câncer de pulmão, verificado em 24 ações (25%), seguido do câncer de laringe e/ou faringe (9 casos). Em diversas situações, havia mais de um câncer detectado, entre eles câncer bucal, de garganta, de nariz, de esôfago e de bexiga.

Outras doenças pulmonares e respiratórias foram freqüentes, associadas ou não, com as acima mencionadas, especialmente enfisema pulmonar; insuficiência respiratória; mas também arterial coronária; cardiopatia isquêmica; doença pulmonar obstrutiva crônica (DPOC); derrame; bronquite crônica. A tromboangiobliiterante (TAO) apareceu em seis casos, além de outros dois casos de amputação de membros.

Em 14 decisões não foi indicada a doença (ou as doenças) sofrida pela vítima.

Morte

Em 50 casos analisados (52%), a doença provocou a morte do fumante e em 41, não (pelo menos até o julgamento da ação). Cinco decisões não trazem esta informação.

3. Características dos julgados

Recursos

Foram examinados 96 acórdãos, sendo 80 apelações, oito agravos de instrumento, dois embargos infringentes, cinco recursos especiais e um agravo regimental em recurso especial. Foram encontrados embargos declaratórios e um agravo interno que não foram analisados por não terem alterado o resultado do julgamento. Houve uma única exceção: um acórdão em embargos declaratórios que tiveram efeitos infringentes, ou seja, que modificaram o teor do julgado, e por isso foram analisados conjuntamente com o acórdão da apelação.¹

Provas

A investigação sobre as provas produzidas nos processos de indenização ajuizados em face da indústria do tabaco tem o propósito de avaliar o entendimento do Poder Judiciário quanto à necessidade de provas, quais são aceitas nesta matéria e de avaliar a influência que têm nas decisões.

Perícia

Em 22 ações (22,9%), a perícia foi realizada, mas seu resultado foi inconclusivo na maior parte deles (14 registros ou 63,6%). Em dois casos, a perícia concluiu pela existência de relação entre consumo de cigarro e doença; enquanto em um outro, o perito entendeu inexistir a relação de causa e efeito. Nos outros cinco casos, o relatório dos julgados não permite saber o resultado da perícia - o que pode indicar a ausência de conclusão da perícia.

Dos outros julgados, é possível afirmar que a perícia não ocorreu em 40 processos (41,6%), e nas outras 34 decisões não houve menção à realização de prova pericial – o que é um forte indicativo de que possivelmente não ocorreu.

Outras provas

Consideraram-se aqui as provas utilizadas na fase de instrução e mesmo aquelas juntadas pelo autor com a inicial, tendo em vista que em muitos relatórios dos julgados não é possível se distinguir o momento da constituição da prova. Neste relatório, não se fez diferenciação entre as provas solicitadas, mas não admitidas, porque na maioria das decisões não consta esta informação.

As provas documentais (inclusive laudos médicos) e testemunhais foram as mais usadas, além da perícia. Do universo de 96 processos, em 31 casos (ou 32,2%) foram admitidos documentos e/ou testemunhas. Em 22, não foram admitidas provas, sendo que, dentre estes, houve casos em que, após o deferimento da produção de provas, o magistrado decidiu pelo julgamento antecipado da lide. Nos 43 restantes (44,7%), não há indicação nos acórdãos, o que sugere que, deferidas ou não, tais provas não foram determinantes no convencimento dos julgadores.

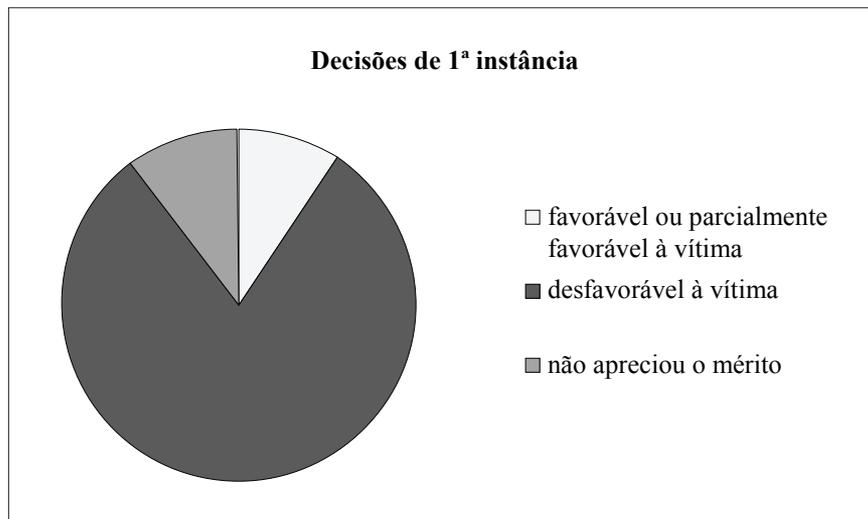
4. Resultados dos julgados

Como já apontado na *metodologia*, a análise dos acórdãos considerou a vítima do cigarro como o foco da análise. Assim, a indicação de favorável ou desfavorável se refere sempre à vítima: desfavorável à vítima, favorável à vítima – independentemente de qual a parte processual recorrente ou recorrida.

1ª Instância

Com base nos relatórios dos acórdãos, foram extraídas as informações relativas às sentenças (decisões de 1ª instância), destacando-se que nove (9,3%) foram total ou parcialmente favoráveis, enquanto 77 (80,2%) foram desfavoráveis e em 10 casos (10,4%) não houve julgamento de mérito. Vale salientar que, conforme **nota 5** do capítulo II, os resultados aqui são uma fotografia do julgamento em 1ª instância – independentemente de eventual alteração ocorrida em 2ª instância e/ou no STJ.

1 Apelação cível 1.0024.01.038251-3/001, Relator do acórdão Elpidio Donizetti, j. 02/10/07, por maioria, e Embargos de Declaração 1.0024.01.038251-3/002, Relator Elpidio Donizetti, j. 20/05/08, TJ/MG.



Decisões favoráveis em 1ª instância

Dentre as decisões favoráveis ou parcialmente favoráveis em 1ª instância, tem-se:

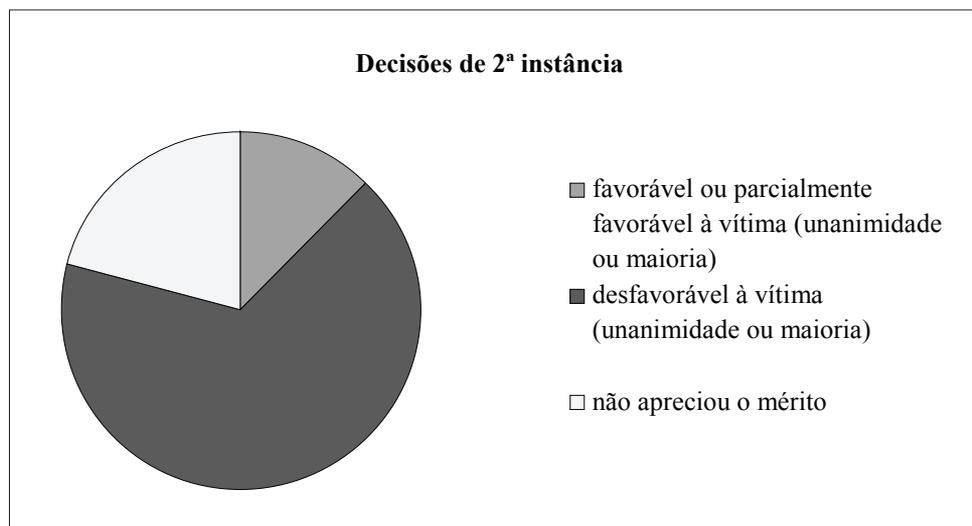
- (1) R\$ 1 milhão o valor da indenização a título de danos morais à vítima (TJ/MG);
- (2) R\$ 600 mil à vítima a título de danos morais e mais danos materiais e lucros cessantes a serem apurados em liquidação de sentença (TJ/SP);
- (3) R\$ 500 mil a título de danos morais à vítima, posteriormente substituída pelos herdeiros em razão do seu falecimento (TJ/PR);
- (4) condenação em R\$ 500 mil à vítima a título de danos morais (TJ/RS);
- (5) R\$ 200 mil a título de danos morais à vítima (TJ/SP);
- (6) R\$ 124.500,00 a título de danos morais à vítima, posteriormente substituída pelos herdeiros em razão do seu falecimento (TJ/PR);
- (7) 200 salários mínimos para cada autor (viúva e filho) a título de danos morais (TJ/RS);
- (8) R\$ 13 mil a título de danos morais pela morte de esposa (TJ/RJ);
- (9) condenação da Souza Cruz e da Philip Morris por danos materiais e morais coletivos, além do dever de informar corretamente nas embalagens e publicidade (TJ/SP).

A última sentença acima indicada diz respeito à única ação coletiva do universo pesquisado, a ação intentada pela ADESF em 2004, cujo recurso foi apreciado pelo TJ/SP no período de abrangência da pesquisa. No Tribunal Paulista, a sentença foi anulada.

As decisões sem apreciação do mérito decidiram sobre pedido de tutela antecipada (3 casos), sendo que em todos houve indeferimento; (1) uma decisão extinguiu o processo por inépcia da inicial; e as demais diziam respeito à produção de prova (6 casos). Destes, em 4 casos foi aceita a inversão do ônus; em 1 caso, negada; e, no remanescente foi negado pedido da Souza Cruz de depoimento pessoal do autor e obtenção de ofícios do hospital.

2ª Instância

Nos Tribunais Estaduais, foram 12 recursos (ou 12,5%) que tiveram julgamento favorável ou parcialmente favorável à vítima, havendo 64 julgados desfavoráveis à vítima (por maioria ou unanimidade), ou 66,6 %, considerando-se aqui inclusive as decisões que entenderam pela prescrição, e finalmente 20 (ou 20,8%), em que não foi apreciado o mérito.



Decisões favoráveis em 2ª instância e condenação

Dos 12 julgados favoráveis ou parcialmente favoráveis, tem-se que em 6 casos houve condenação na 2ª instância (ver **nota 5** do capítulo II):

- (1) R\$ 100 mil por danos morais (TJ/RS);
- (2) 200 salários mínimos para cada autor (mãe e filho) a título de danos morais (TJ/RS);
- (3) R\$ 70 mil para viúva e cada um dos filhos e R\$ 35 mil para cada neto, sendo 8 autores ao todo (mas que pelo relatório não é possível saber quantos filhos e netos) por danos morais (TJ/RS – análise feita a partir do acórdão do STJ – ver **nota 3** do capítulo II);
- (4) R\$ 300 mil a título de danos morais para a vítima (a sentença estabelecia R\$ 500 mil) (TJ/RS – análise feita a partir do acórdão do STJ – ver **nota 3** do capítulo II);
- (5) R\$ 120 mil, sendo R\$ 40 mil para cada autora, por danos morais (TJ/MG);
- (6) R\$ 600 mil a título de danos morais e danos materiais para a vítima, além de lucros cessantes em valor a ser apurado em liquidação de sentença e despesas médicas, hospitalares, cirúrgicas, medicamentos e próteses (TJ/SP).

Nos outros 6 acórdãos favoráveis à vítima não houve condenação em 2ª instância, na medida em que os acórdãos apenas anularam a sentença que decretara a prescrição, determinando-se o enfrentamento do mérito. São 3 julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2 do Tribunal de São Paulo, e, 1 do Tribunal do Rio Grande do Sul.

Reitera-se que, conforme **nota 5** do capítulo II, a condenação em 2ª instância não significa o encerramento do processo. Como demonstra a tabela abaixo, em 2 casos, o Superior Tribunal de Justiça reverteu o resultado do julgamento, anulando as condenações impostas pelo Tribunal Estadual.

Em termos concretos, no período da pesquisa, há uma única decisão transitada em julgado em que houve condenação da Souza Cruz. Proveniente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, trata-se de indenização fixada em (3) R\$ 120 mil, sendo R\$ 40 mil para cada

autora.¹ Os outros 5 processos pendem ainda de julgamento de recursos.

A tabela abaixo resume o status das referidas ações julgadas favoráveis em 2ª instância:

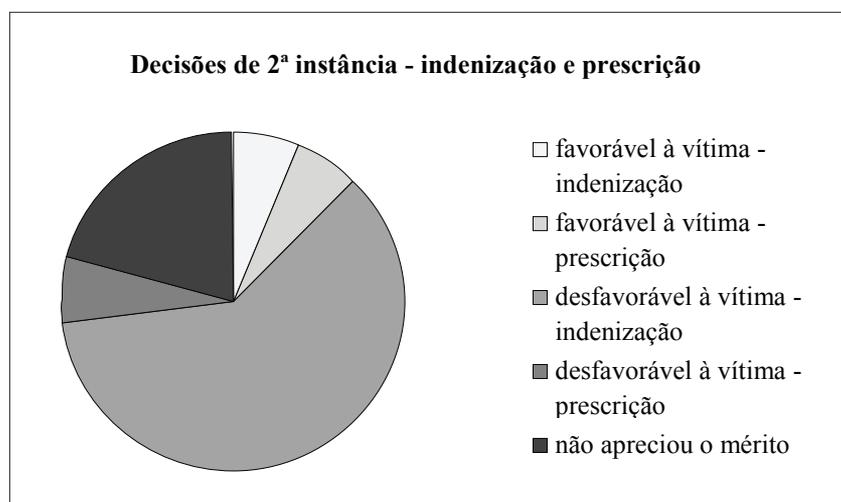
Processo /Tribunal	Decisão	Fase atual
1.0024.05.799917-9/001 (TJ/MG)	Condenação em R\$ 120 mil, sendo R\$ 40 mil para cada autora, por danos morais (TJ/MG)	Decisão transitada em julgado em 13/08/10
2006/70015107600 (TJ/RS)	Condenação em R\$ 100 mil por danos morais à vítima	Aguarda julgamento dos embargos infringentes no TJ/RS
2006/70016845349 (TJ/RS)	Condenação em 200 s.m. para cada autor – mãe e filho por danos morais	Interpostos Recursos Especial e Extraordinário em 21/09/10
379.261-4/5-00 (TJ/SP)	Condenação em R\$ 600 mil a título de danos morais e danos materiais, além de lucros cessantes em valor a ser apurado em liquidação de sentença e despesas médicas, hospitalares, cirúrgicas, medicamentos e próteses	Recursos da Souza Cruz remetidos ao STJ e STF (Agravo de Instrumento em face de decisão denegatória de seguimento a RE e REsp)
70024030868 (TJ/RS)	Anulação da sentença que decretara a prescrição	Interpostos Recursos Especial e Extraordinário em 22/01/09
1.0459.05.020691-9/001 (TJ/MG)	Anulação da sentença que decretara a prescrição	Aguardando julgamento em 1ª instância do mérito desde 20/08/10
1.0596.04019580-9/002 (TJ/MG)	Seção anulou acórdão da Turma que entendia pela prescrição e determinou volta à Turma para novo julgamento	Aguardando julgamento de embargos declaratórios interpostos pela Souza Cruz em 02/07/09 para depois ser remetido à Turma para novo julgamento
2009/0043881-7 (TJ/RS)	Condenação em R\$ 70 mil para viúva e cada um dos filhos e R\$ 35 mil para cada neto, sendo 8 autores ao todo	Decisão revertida no STJ, portanto a condenação foi “anulada” (Resp 1.113.804/RS)
2006/0159544-9 (TJ/RS)	Condenação em R\$ 300 mil a título de danos morais para a vítima	Decisão revertida no STJ, portanto a condenação foi “anulada” (Resp 886.347/RS)
2008/0044917-3 (TJ/SP)	Anulação da sentença que decretara a prescrição	STJ entendeu que houve prescrição (Resp 1.036.230-SP)
2002/0159950-0 (TJ/SP)	Anulação da sentença que decretara a prescrição	STJ entendeu que houve prescrição (Resp 489.895-SP)
2005/0154850-7 (TJ/MG)	Anulação da sentença que decretara a prescrição	STJ entendeu que houve prescrição (Resp 782.433-MG)

Indenização e prescrição

Como esclarecido na **nota 2** do capítulo II, em termos jurídicos, o reconhecimento da prescrição da ação é matéria de mérito, nos termos do artigo 269, IV, do Código de Processo Civil. Mas, com o fim de apresentar as decisões de mérito de maneira detalhada, foi feita a distinção entre os acórdãos que decidiram acerca do direito da vítima à reparação daqueles que apreciaram (apenas) a prescrição.

Em 2ª instância, foram 12 acórdãos que decidiram acerca da prescrição, sendo que 6 deles entenderam que não havia operado a prescrição, determinando-se o retorno para novo julgamento sobre o direito à indenização. Nos outros 6 julgados, os Tribunais entenderam que não era possível decidir quanto ao direito à indenização, pois o direito de reivindicar a reparação estava prescrito.

1 Apelação cível 1.0024.05.799917-9/001, da 14ª Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, julgada em 03/09/2009 e transitada em julgado em 13/08/2010.



A análise dos julgados dos Tribunais Estaduais não permite concluir que haja uma posição definida em um ou noutro sentido acerca do prazo prescricional.

2a instância	RS	SC	PR	SP	MG	RJ	Vários	STJ ¹	Total
favorável à vítima - mérito	2	0	0	1	1	0	0	2	6
favorável à vítima - prescrição	1	0	0	0	2	0	0	3	6
desfavorável à vítima - mérito	7	10	3	13	7	5	12	1	58
desfavorável à vítima - prescrição	1	0	1	0	2	0	2	0	6
não apreciou o mérito	2	9	1	4	0	2	2	0	20
Subtotal	13	19	5	18	12	7	16	6	96

Decisões que não apreciaram o mérito

Dos 20 casos em que não houve apreciação de mérito, as principais questões decididas referem-se à anulação da sentença por cerceamento de defesa. O pedido de antecipação de tutela (indeferido em 1ª instância) também foi objeto de análise pelos Tribunais Estaduais.

Dentre as decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça que não apreciaram o mérito, duas são do Rio Grande do Sul, nove de Santa Catarina, uma do Paraná, quatro de São Paulo, duas do Rio de Janeiro, uma do Mato Grosso e uma do Pará – sendo, portanto, 20 decisões no total.

Das duas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que não enfrentaram o mérito, uma delas tratou apenas de nova análise do pedido de tutela antecipada, confirmando a negativa da 1ª instância. A outra anulou a sentença de improcedência, reconhecendo cerceamento de defesa e determinando a volta dos autos à 1ª instância para produção das provas solicitadas pela autora, em especial oitiva de testemunha.

No Rio de Janeiro, uma das decisões, em sede de agravo de instrumento, determinou o depoimento pessoal do autor fumante, antes não admitido pelo juiz de 1ª instância. A outra anulou a sentença, reconhecendo se tratar de decisão *citra petita* na medida em que deixou de apreciar todos os pedidos do autor, atentando-se apenas para os danos morais. Os outros pedidos aduzidos pelo autor giraram em torno de pedido de pensão de 2/3 do valor da renda mensal da falecida. Neste caso, autor e ré apelaram.

Das decisões proferidas pelo Tribunal do Paraná, apenas uma não apreciou o mérito julgando agravo de instrumento. O pleito foi levado ao Tribunal pela empresa Souza Cruz que teve seus pedidos de prova documental e de depoimento pessoal do autor negados pela 1ª instância. Entendendo haver cerceamento de defesa, o Tribunal autorizou o depoimento pessoal, mas entendeu que os requeridos ofícios aos locais onde o autor esteve internado ou realizou exames eram prova inócua naquele momento processual, podendo ser requisitados posteriormente pelo perito judicial.

1 V. nota 4 do capítulo II.

Por sua vez, em São Paulo, dentre as quatro decisões que não julgaram o mérito, uma delas, em sede de agravo de instrumento interposto pela autora, entendeu não ser o momento adequado para a decisão sobre inversão do ônus da prova que, como critério de julgamento, poderia vir junto com a prolação da sentença. Em outro caso, julgou apelação da autora fumante, determinando a realização de perícia e demais provas solicitadas e antes negadas. Em outro julgado, o Tribunal entendeu que a ação era inepta. No quarto e último caso, também em sede de apelação, foi atendido pleito das empresas Philip Morris e Souza Cruz em ação coletiva movida pela ADESF, anulando a sentença por cerceamento de defesa. Segundo o Tribunal de Justiça, foi deferida a produção de provas *publicitária, médica e testemunhal*, mas com o julgamento antecipado da lide se retirou a possibilidade de realização das mesmas.

Em Santa Catarina foram nove as decisões que não enfrentaram diretamente o mérito, sendo todas relativas à produção de prova. Duas delas, proferidas em sede de agravos de instrumento, trataram de inversão do ônus da prova, ambas referendando as decisões de 1ª instância pela necessidade de se inverter o ônus diante da aplicação do CDC e do total desequilíbrio entre as partes. As outras cuidaram de anulação da sentença por cerceamento de defesa, deferindo, conseqüentemente, as provas requeridas pelos autores (em todos os casos): uma decisão anulou a sentença determinando a realização de prova testemunhal; duas decisões, no mesmo sentido, além da prova testemunhal deferiram a prova documental, antes cerceada aos autores; e as outras quatro, no mesmo sentido, desconstituíram a sentença resultante de julgamento antecipado da lide e autorizaram realização de prova testemunhal e pericial.

Por fim, uma decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso e outra do Tribunal de Justiça do Pará simplesmente confirmaram a negativa da tutela antecipada solicitada pelos Autores.

Decisões desfavoráveis em 2ª instância

Quanto aos 64 acórdãos desfavoráveis à vítima, destaca-se que em quatro casos o julgamento foi monocrático, com base no artigo 557, CPC, pelo entendimento de já haver posição do Tribunal a respeito da matéria. Do TJ/RJ, foram dois julgados proferidos por relatores distintos, os Desembargadores Ricardo Couto de Castro e Helena Cândida Lisboa Gaede; do TJ/RN foi prolatada uma decisão monocrática pelo Desembargador Cláudio Santos e outra do TJ/RS, dada pelo Desembargador Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura para negar provimento ao agravo de instrumento contra decisão que indeferira antecipação de tutela.

A tabela abaixo retrata o posicionamento dos Tribunais Estaduais em cada um dos 96 acórdãos examinados:

2ª instância	RS	SC	PR	SP	MG	RJ	Vários	STJ ¹	Total
apreciou o mérito - favorável à vítima - por unanimidade	2	0	0	0	0	0	0	3	5
apreciou o mérito - favorável à vítima - por maioria	0	0	0	1	3	0	0	1	5
apreciou o mérito - parcialmente favorável à vítima - por unanimidade	0	0	0	0	0	0	0	1	1
apreciou o mérito - parcialmente favorável à vítima - por maioria	1	0	0	0	0	0	0	0	1
desfavorável à vítima - por unanimidade	4	10	4	10	8	5	14	0	55
desfavorável à vítima - por maioria	4	0	0	3	1	0	0	1	9
não apreciou o mérito - decidiu sobre inversão do ônus da prova - admitida	0	2	0	0	0	0	0	0	2
não apreciou o mérito - decidiu sobre inversão do ônus da prova - negada	0	0	1	0	0	0	0	0	1
não apreciou o mérito - decidiu sobre inversão do ônus da prova - não mencionada	0	0	0	0	0	0	0	0	0
não apreciou o mérito - decidiu sobre outros meios probatórios - admitidos	1	7	0	2	0	1	0	0	11
não apreciou o mérito - decidiu sobre outros meios probatórios - negados	0	0	0	0	0	0	0	0	0

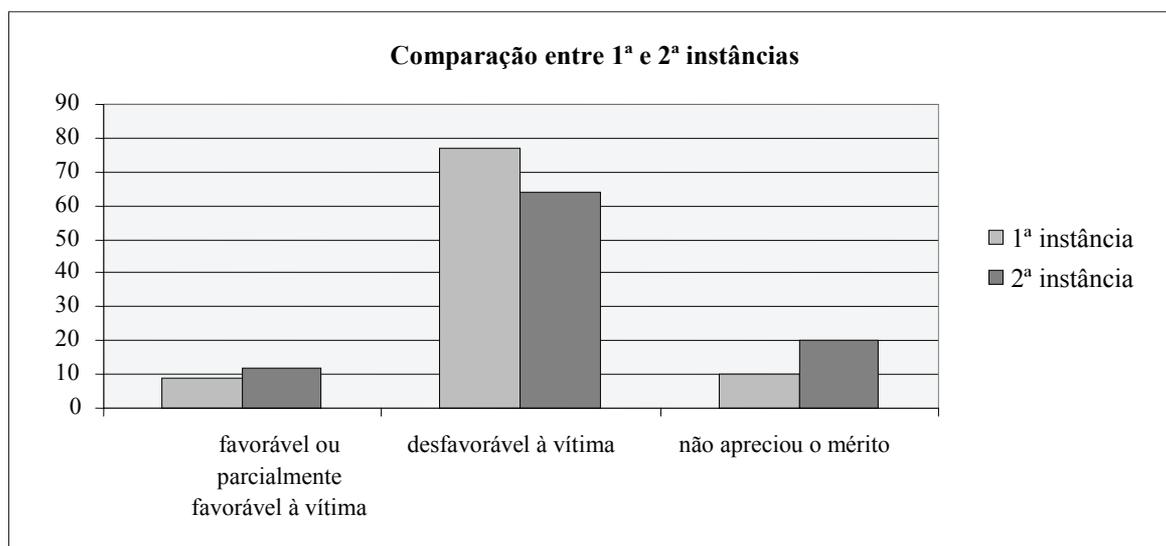
1 V. nota 4 do capítulo II.

não apreciou o mérito - decidiu sobre outros meios probatórios - não mencionada	0	0	0	0	0	0	0	0	0
não apreciou o mérito - outros	1	0	0	2	0	1	2	0	6
Total	13	19	5	18	12	7	16	6	96

Quanto às seis decisões de 2ª instância que constam da tabela anterior, analisadas a partir dos julgados do STJ, três são originárias do TJ/RS, duas do TJ/SP e uma do TJ/MG. As decisões de São Paulo e de Minas Gerais foram favoráveis por unanimidade para declarar que não houve prescrição do direito do autor. As decisões do Tribunal Gaúcho enfrentaram o pedido de indenização, sendo que uma foi favorável à vítima por maioria, uma foi parcialmente favorável à vítima por unanimidade e uma foi desfavorável à vítima por maioria.

2ª instância – decisões analisadas a partir do acórdão do STJ¹	TJ/RS	TJ/SP	TJ/MG	Total
apreciou o mérito - favorável à vítima - por unanimidade		2 ²	1	3
apreciou o mérito - favorável à vítima - por maioria	1			1
apreciou o mérito - parcialmente favorável à vítima - por unanimidade	1			1
apreciou o mérito - parcialmente favorável à vítima - por maioria				0
desfavorável à vítima - por unanimidade				0
desfavorável à vítima - por maioria	1			1
Total				6

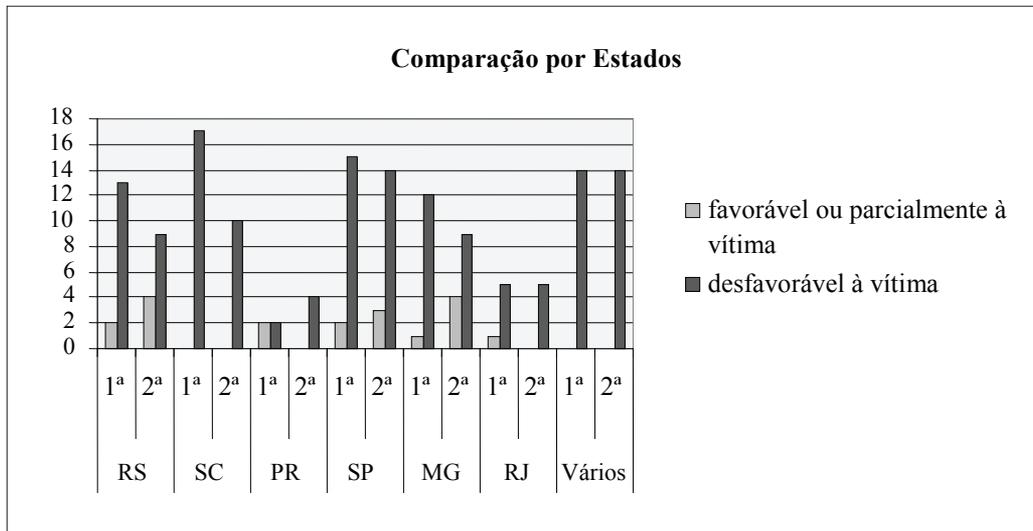
O gráfico abaixo revela o ligeiro aumento do número de decisões favoráveis nos Tribunais Estaduais em comparação com as sentenças:



Por fim, o próximo gráfico compara as decisões de 1ª e 2ª instância por Tribunal:

1 V. nota 4 do capítulo II.

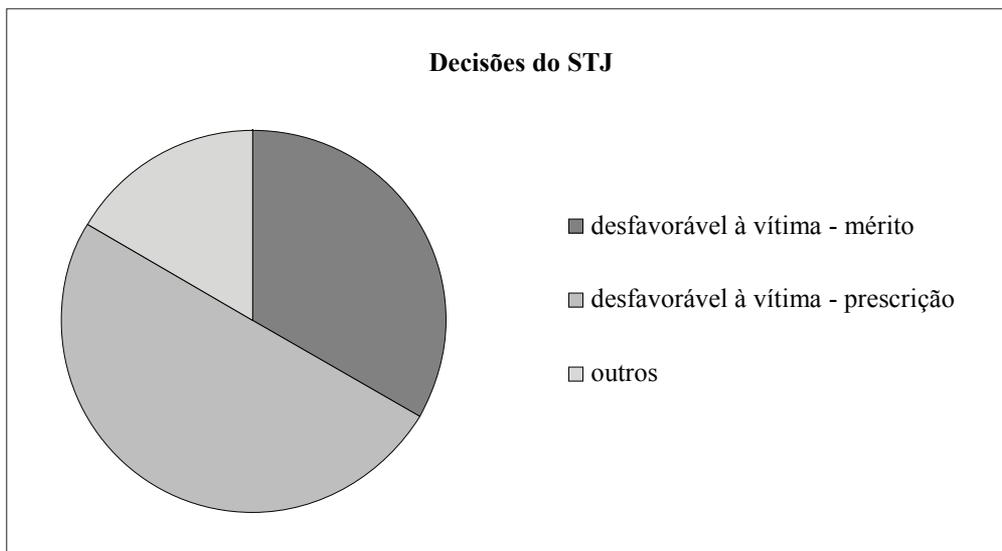
2 Reconheceu que não houve prescrição.



Superior Tribunal de Justiça

A Instância máxima do país em matéria de legalidade das Leis proferiu seis decisões em ações de indenização por danos sofridos pela vítima do tabaco no período analisado, sendo que em nenhuma delas houve condenação da indústria tabagista.

Foram cinco recursos especiais e um agravo regimental em recurso especial apreciados. Apenas dois julgados enfrentaram o pedido de indenização propriamente dito, para negá-lo, por unanimidade, sob a argumentação de falta de nexo causal, ausência de violação a dever legal e culpa exclusiva da vítima. Nos outros três acórdãos, decididos por maioria de votos, o entendimento que prevaleceu foi pela prescrição do direito, com base no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor.



Prescrição no STJ

A leitura dos três acórdãos sobre prescrição no STJ permite verificar a tendência ao entendimento quanto ao prazo prescricional de cinco anos disposto no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor para as ações de indenização aqui tratadas.

No julgamento da Terceira Turma do STJ, ocorrido em 04/09/2008, nos autos do Recurso Especial 782.433/MG, votaram neste sentido os Ministros Sidnei Beneti (relator para acórdão), Massami Uyeda, Ari Pargendler, contra o voto vencido da Ministra Nancy Andrighi (relatora). O voto da Ministra argumentava pela aplicação do prazo prescricional do Código Civil, já que o conhecimento do dano e de sua autoria se deu antes da vigência da Lei 8.078/90.

No julgamento da mesma Turma, ocorrido em 23/06/2009, nos autos do Recurso Especial 1.036.230-SP, votaram pela prescrição os Ministros Vasco Della Giustina (relator); Massami Uyeda e Sidnei Beneti – contra o voto do Ministro Paulo Furtado e ausência da Ministra Nancy Andriahi.

No julgamento do Recurso Especial 489.895-SP, julgado em 09/12/2009 pela Segunda Seção, foi negada a indenização com base na prescrição do direito, com votos vencedores dos Ministros Fernando Gonçalves, João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina, Paulo Furtado,¹ Honildo Amaral de Mello Castro, vencida a Ministra Nancy Andriahi, impedido o Ministro Aldir Passarinho Junior e ausente o Ministro Luis Felipe Salomão.

Deste relevante julgamento da Segunda Seção, vale destacar que o Ministro Vasco Della Giustina, que já fora relator de recurso sobre a matéria, afirmou que *“em princípio, adiro à minha posição anterior [pela prescrição] e, se, eventualmente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha trazer dados novos, nada impede que eu volte atrás.”* Por sua vez, o Ministro Honildo reconheceu: *“Sr. Presidente, também não tenho posição formada, mas, neste momento, filio-me ao entendimento do Sr. Ministro Fernando Gonçalves, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, ressalvada a oportunidade, se for o caso, de rever meu posicionamento.”*

Os dois recursos julgados desfavoráveis à vítima por fundamentos diversos da prescrição foram apreciados em 2010, pela Quarta Turma. No julgamento do Recurso Especial 1.113.804-RS, com a participação dos Ministros Honildo Amaral de Mello Castro e João Otávio de Noronha, o Relator Ministro Luis Felipe Salomão fundamentou seu voto na ausência de violação a dever jurídico por parte da indústria do fumo e ausência denexo causal. A ação de indenização por danos morais fora proposta por familiares de um fumante que desenvolveu câncer de pulmão, entre outras doenças pulmonares, vindo a falecer.

A ausência da violação a dever jurídico decorre do arcabouço legal que somente a partir da Constituição Federal de 1988 passou a estabelecer algum limite ao tabaco, depois regulamentado por várias normas. Por sua vez, a ausência denexo causal é explicada com base no direito civil brasileiro que adotou a “teoria do dano direto e imediato” ou “teoria do nexo causal direto e imediato” ou ainda “teoria da interrupção do nexo causal” (artigos 403, CC/02 e 1060, CC/16).

No julgamento mais recente do STJ, ocorrido em 25/05/2010, proferido pela Quarta Turma por unanimidade, Recurso Especial 886.347-RS, o Ministro Relator Honildo Amaral de Mello Castro defendeu a tese de livre arbítrio e da falta de nexo de causalidade.

Nesta ação indenizatória, a vítima desenvolveu TAO – Tromboangeíte Obliterante, doença reconhecidamente associada ao consumo de cigarros. Mas, no relatório do Ministro Honildo consta que no conjunto probatório dos autos *“(i) sequer ficou confirmado o diagnóstico de TAO no recorrido; e; (ii) o consumo de cigarros não pode ser considerado, isoladamente, como condição suficiente para o desenvolvimento da TAO, uma vez que apenas a minoria dos grandes fumantes sofre desse mal, e tampouco pode ser considerada condição necessária para seu desenvolvimento, visto que essa enfermidade pode acometer pessoas que jamais fumaram.”*

Interessante observar que, no próprio relatório, estão destacados trechos do acórdão do Tribunal do Rio Grande do Sul em que se verifica o reconhecimento de que o autor sofre de TAO. Nesse sentido: *“O médico cardiologista Dr. Marcelo de Sá Pereira, testemunha arrolada pela ré, em seu depoimento, em que pese ter afirmado que para o diagnóstico seguro da TAO se fizesse necessário a realização de arteriografia e de exames laboratoriais, referiu que também não poderia excluir a possibilidade de o autor ser portador da moléstia (fls.1115-1125).”* E prossegue no parágrafo seguinte: *“De fato, todos os elementos indicam que o autor sofre de TAO, desde as suas condições pessoais até os sintomas e as conseqüências experimentadas se amoldam às lições da literatura médica acerca da doença.”* E ainda: *“A Irmandade Santa Casa de Misericórdia é referência nacional em Medicina e conta com excelentes profissionais em seus quadros. E estes, em contato direto e extenso com o paciente, é que diagnosticaram a doença. Se entenderam suficiente o exame clínico, dispensando a arteriografia, é porque estavam convencidos de que o autor sofria de TAO.”*

Ressalvando o Ministro Relator que *“a situação descrita nos presentes autos não desafia o óbice da Súmula 07 desta Corte, uma vez que não se trata de reexame do contexto fático-probatório dos autos, mas sim de valoração dos critérios jurídicos concernentes à utilização da prova e a formação da convicção do julgado”*, citou passagens do laudo pericial que entendia faltar elementos conclusivos para um diagnóstico definitivo de TAO e também que não há na medicina evidências conclusivas da relação causal direta do fumo como fator isolado na promoção da doença. Decidiu pela falta nexo de causalidade entre TAO e tabagismo, bem

1 Conforme parágrafo anterior, no julgamento realizado em 23/06/2009, nos autos do Recurso Especial 1.036.230-SP, o Ministro Paulo Furtado votara no sentido de não ter operado a prescrição.

como pela dificuldade de se estabelecer o fumo como único responsável pelas doenças da vítima. E, por fim, entende pela exclusão da responsabilidade por culpa exclusiva da vítima, não obstante antes tenha declarado neste julgado não ser hipótese de defeito do produto (aliás, contrariando mais uma vez seu voto quando do julgamento do Recurso Especial 489.895-SP pela prescrição, com fundamento no artigo 27, CDC).

Deste julgamento mais recente do STJ, decidido por unanimidade, participaram os Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo Filho.

Por fim, o acórdão proferido no Agravo Regimental do Recurso Especial 851.924-RS, em 24/11/09, manteve a decisão anterior do STJ que negou seguimento ao Recurso Especial, entendendo o Ministro Relator Vasco Della Giustina, acompanhado pelos Ministros Massami Uyeda e Paulo Furtado, pela ofensa à Súmula 07 do STJ que impede a reapreciação de provas. A Ministra Nancy Andriighi foi voto vencido e o Ministro Sidnei Beneti consta como impedido.

Responsabilidade reconhecida na decisão

Houve reconhecimento do nexo de causalidade em pouquíssimos julgados, sendo a falta deste requisito uma das teses mais utilizadas para fundamentação dos julgados afastando o direito do autor à indenização. Do total, a responsabilidade objetiva e o nexo de causalidade foram declarados em cinco acórdãos e em um julgado foi reconhecida a responsabilidade subjetiva da ré.

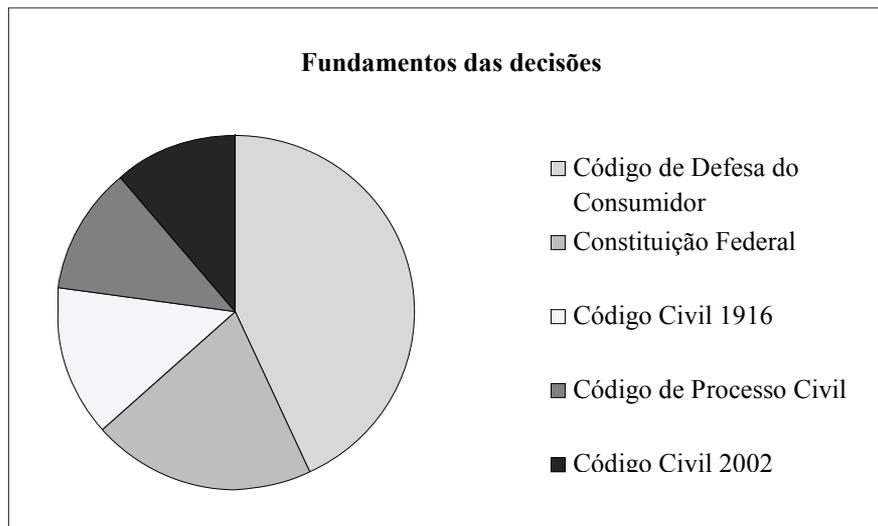
Além do nexo de causalidade, a licitude da comercialização de cigarros foi outra tese relevante para negar a responsabilidade da empresa tabagista.

Em duas decisões do TJ/SP, apesar do reconhecimento da responsabilidade objetiva, o Tribunal entendeu que se operou a prescrição do direito. Em todas as decisões que entenderam pela prescrição da pretensão, o registro foi de responsabilidade não configurada.

IV

Fundamentos das decisões

A análise das decisões judiciais objeto da pesquisa indica que os julgadores se valem de diversos fundamentos de várias Leis e da Constituição na apreciação de cada caso, implicando em número de disposições legais encontradas, muito superior ao número de julgados. Das 73 decisões em que a fundamentação é apresentada, são mais de 109 os principais artigos mencionados,¹ majoritariamente do Código de Defesa do Consumidor, seguido da Constituição Federal, do Código Civil (de 1916 e de 2002) e do Código de Processo Civil, como indicado no gráfico abaixo.



Dentre os diplomas legais usados pelo Poder Judiciário para fundamentar suas decisões, os artigos com maiores ocorrências são apresentados na tabela abaixo:

Artigos mais citados	
12, caput e/ou § 1o (CDC)	19
220, §4o (CF)	13
27 (CDC)	10
12, § 3o (CDC)	8
159 (CC16)	7
160 (CC16)	5
130,131e/ou 330 (CPC)	5
186 (CC02)	4
557 (CPC)	4

A relação completa dos principais dispositivos constitucionais e legais usados constam da tabela abaixo:

¹ Alguns dispositivos legais foram considerados conjuntamente por tratarem da mesma matéria, como é o caso dos artigos 130, 131 e 330, do CPC, por isso a indicação há “mais” de 109 artigos.

Principais fundamentos	
Código de Defesa do Consumidor	
artigo 12, caput e/ou § 1o	19
artigo 12, § 3º	8
artigo 27	10
artigo 6o	4
artigo 17	2
artigo 14, II	2
artigo 37	2
artigos 1o, 8o, 10	1
Subtotal	48
Código Civil / 1916	
artigo 159	7
artigo 160	5
artigo 1.060	2
artigo 177	1
Subtotal	15
Código Civil / 2002	
artigo 186	4
artigo 188	3
artigo 2028	2
artigo 927	1
artigo 205	1
artigo 403	1
Subtotal	12
Constituição Federal	
artigo 220, §4º	13
artigo 5o, II	3
artigo 5o, LIV e LV	3
artigo 5o, XXXV	2
artigo 5o, XXXVI	1
Subtotal	22
Código de Processo Civil	
artigos 130,131e/ou 330	5
artigo 557	4
artigo 273	2
artigo 334, I	1
artigos 128 e 460	1
Subtotal	13

A Lei 8.078/90 é o Diploma mais utilizado, mas, ao contrário do que se poderia imaginar, é, em grande medida, fundamento para as rejeições dos pedidos indenizatórios. O artigo 12 foi o dispositivo mais usado, com 19 ocorrências para o artigo 12, caput, combinado ou não com o parágrafo 1º; seguido do parágrafo 3º do artigo 12, repetido em oito decisões. O artigo 27, que trata do prazo prescricional das indenizações pelo fato do produto ou serviço, que é a hipótese do artigo 12, fundamentou 10 acórdãos.

Não obstante a frequência do artigo 12, não existe um posicionamento consolidado nos Tribunais quanto ao enquadramento dos danos à saúde decorrentes do uso de cigarro. Parte dos julgados argumenta que não se trata de produto defeituoso, mas sim de cujo dano é inerente à natureza do produto. Por outro lado, o artigo 12 é bastante utilizado para decretar a prescrição da pretensão, com base no artigo 27, como adiante será apontado. Mesmo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça não parece firmado o entendimento quanto à moldura dos danos do consumo de cigarro como hipótese de fato do produto.

Em que pese a falta de clareza quanto ao enquadramento desses danos, o referido dispositivo legal foi invocado, na maior parte dos casos, para afastar a indenização, com base em três fundamentos distintos: inexistência de defeito do produto, culpa exclusiva da vítima e prescrição do direito reivindicatório.

O exame dos dispositivos legais do Código de Defesa do Consumidor, Lei Civil e Constituição Federal indicam as principais teses em discussão na Justiça tratando-se de indenização da indústria do tabaco. Soma-se aos fundamentos quanto à inexistência de defeito do produto, culpa exclusiva da vítima e prescrição do direito reivindicatório, a falta denexo causal entre o dano e o tabaco.

Paralelamente, é baixa a frequência das disposições legais da Lei Processual Civil referentes à prova, diante de matéria em que pela sua própria natureza impõe a produção de prova.

Por fim, há que se anotar o surgimento de decisões monocráticas (4) dos Tribunais Estaduais, com base no artigo 557, CPC, sob o argumento de existir jurisprudência firmada na Corte a respeito da questão, como já indicado acima, provenientes de 3 Tribunais Estaduais distintos.



As teses da indústria tabagista que têm prevalecido no Judiciário

1. Responsabilidade subjetiva
2. Livre arbítrio
3. Ausência denexo causal
4. Licitude da produção e comercialização de cigarros
5. Prescrição

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

O livre arbítrio retratado nos julgados espelha uma visão de que fumar é uma opção livre, que hábito não é vício, que quem quer, consegue parar de fumar, que se trata de auto-determinação. De acordo com essa visão, não pode o consumidor que decidiu por fumar e por continuar fumando, pelo prazer que o cigarro lhe traz, depois querer responsabilizar terceiro.

A falta de nexo de causalidade entre o dano e o tabaco é argumentada diante da falta de provas contundentes da relação como causa única. No entendimento majoritário dos julgados, deve ser causa única e direta para que se configure o direito: havendo concausas ou não havendo prova irretorquível, não tem a Justiça exigido a reparação, na esmagadora maioria dos casos. A melhor demonstração disto é que nem mesmo nos casos de câncer de pulmão e de TAO, onde o tabagismo é fator causal, há condenação. Em muitos julgados, é utilizado o argumento de que o tabagismo é agravante de muitas doenças, mas argumenta-se que não haveria certeza absoluta na ciência médica de que seja a causa. Segundo argumentam alguns magistrados, tanto é verdade que muitos fumantes não desenvolvem doença alguma; e, por outro lado, não fumantes e mesmo crianças desenvolvem câncer, por exemplo.

Ocorre, contudo, que a ciência médica já confirmou o tabagismo como fator causal de doenças como câncer de pulmão e TAO¹. Por outro lado, há decisões em outros temas da responsabilidade civil em que já se reconheceu o direito à indenização por simples agravamento de doenças e morte².

1 Nesse sentido, Perícia Médica Judicial elaborada na ação coletiva movida pela ADESF – Associação de Defesa da Saúde do Fumante em face das duas maiores fabricantes brasileiras, Souza Cruz e Philip Morris, em trâmite perante a 19ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, processo no. 583.00.1995.523167-5.

2 Responsabilidade civil e direito do consumidor. Defeito na prestação de serviço de telefonia. Mau atendimento. Sistema *call center*. Usuário hipertenso. Óbito. Nexo causal e dano comprovados. Danos morais reconhecidos. Indenização fixada no limite máximo permitido nos juizados especiais cíveis (quarenta salários mínimos). Juízo de equidade.

I – Nexo causal e dano. A autora (...) logrou demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta da ré (mau atendimento via sistema *call center*) e o falecimento de seu esposo, hipertenso que, há mais de ano, tentava o cancelamento do serviço identificado como “*Br Turbo*” e a cessação das cobranças, sem êxito, vindo, depois de aguardar por mais de 45 minutos na linha telefônica, a sofrer um mal súbito (enfarte) que o levou à morte. Dessa feita, e corroborado o contexto favorável à pretensão autoral com a ausência de prova em contrário pela demandada, é reconhecida a responsabilidade da ré pelo infortúnio ocorrido ao esposo da requerente. (Recurso Inominado nº 71002173979, Terceira Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul, v.u. em 8/10/2010).

A licitude da atividade é também motivo bastante usado como excludente do dever reparatório, desconsiderando a responsabilidade objetiva e a teoria do risco da atividade, que obrigam a indenização, independentemente da licitude.

A prescrição deve ser objeto de preocupação também, pois a posição até o momento adotada pelo STJ e também prevalente nos Tribunais de Justiça é de cinco anos, com base no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, mesmo que o dano tenha ocorrido e sido constatado antes da vigência da referida Lei. Na prática, têm sido admitida a retroatividade do Código de Defesa do Consumidor, conforme alertado pela Ministra Nancy Andrighi¹.

Passamos a seguir a apresentar as teses que têm predominado no Poder Judiciário, sobretudo a partir das próprias transcrições de trechos de acórdãos, que revelam a compreensão dos magistrados.

Antes, vale apontar que se o posicionamento favorável à indústria tabagista está prevalecendo, os fundamentos são bastante dúbios e contraditórios, se analisado o conjunto das decisões. Por exemplo, como será apresentado, o artigo 12, parágrafo 1º, da Lei 8.078/90, é rechaçado por parte significativa dos julgados para afastar a responsabilidade objetiva, mas é utilizado por tantos outros julgados para negar a indenização, por se tratar de “culpa exclusiva da vítima”. O referido artigo 12 é também invocado por muitos acórdãos para decretar a prescrição do direito à indenização.

1. Responsabilidade subjetiva

Em muitos julgados, o cigarro não é considerado produto defeituoso, nos termos do artigo 12, § 1º, do CDC, e este argumento é usado para afastar a incidência da responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, e, conseqüentemente, o dever reparatório à indústria tabagista, sem perquirir a culpa.

Segundo a definição do artigo 12, § 1º, “o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – sua apresentação; II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi colocado em circulação.”.

O enquadramento do cigarro como “produto defeituoso” não tem ecoado no Poder Judiciário, salvo raras exceções. A título exemplificativo, no julgamento do Recurso Especial 1.113.804-RS, o Relator Ministro Luis Felipe Salomão - que fundamentara seu voto na ausência de violação a dever jurídico por parte da indústria do fumo e ausência de nexo causal -, manifestou-se nos seguintes termos acerca do referido artigo 12, §1º:

“Até porque, em sendo acolhida a tese e considerando o produto defeituoso seria possível a troca do produto viciado por outro em perfeitas condições de uso, o que é impossível de se imaginar no caso do cigarro, pela simples razão de que todos os demais exemplares ostentam os mesmos problemas apontados (por exemplo, a nicotina viciante, ou as muitas alegadas substâncias tóxicas e potencialmente cancerígenas), sendo incontornável a conclusão de que o cigarro é um produto de risco inerente.”

Tampouco tem recebido acolhida na Justiça a conceituação do cigarro como produto defeituoso, na acepção do caput do artigo 12, por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. Argumentam os julgados que a indústria passou a informar, quando lhe foi imposta tal obrigação; antes não lhe era exigido prestar tais informações. Esta argumentação vem em muitos casos acompanhada dos artigos 5º, II, da Constituição Federal, da Lei 9.294/96 e de outras disposições que sustentam a licitude da atividade.

“Nesse sentido, vê-se, não obstante as assertivas do autor, que os males do cigarro já estão difundidos na cultura brasileira, há muito. Mesmo à época em que o demandante começou a fumar já se relacionava o surgimento do câncer ao hábito de fumar, da mesma forma que a imprensa divulgava e ainda divulga reportagens sobre os danos que o cigarro provoca à saúde.

(...)

1 No julgamento do Recurso Especial 782.433-MG.

Em relação à ausência de especificação das mais de 4.700 (quatro mil e setecentas) substâncias existentes no cigarro, é forçoso salientar que a divulgação da nomenclatura e quantidade das substâncias existentes no cigarro é prescindível, porquanto não consiste em informação essencial a que alude o Código de Defesa do Consumidor. Tal divulgação se subsume na advertência de que fumar faz mal à saúde. Ademais, de nada adiantaria divulgar o nome dos compostos químicos, sem que se soubesse qual a conseqüência da sua utilização. Além disso, a publicidade dos produtos encontra-se disciplinada no art. 37, do Código de Defesa do Consumidor.” (Apelação Cível 2007.006680-3, Relator Desembargador Francisco Seráfico, j. 11/12/07, v.u., TJ/RN)

“Deve-se ressaltar, também, que as restrições ao consumo do cigarro e o alerta sobre os seus malefícios são aspectos mais recentes do mercado tabagista, sendo que as pessoas que começaram a fumar nas décadas passadas estavam inseridas em um ambiente totalmente singular, onde a estratégia das grandes empresas era a de convencimento dos consumidores para que comprassem determinada marca.

Mesmo nessa hipótese, não se tem entendido pela condenação das empresas, visto que elas não desrespeitaram qualquer aspecto legal na época, pois não lhes eram impostos tais encargos. Sendo assim, não pode a ré ser responsabilizada por omissão em informar ou advertir o consumidor, como pretendem fazer crer os apelantes, sobretudo porque somente com o advento da Constituição Federal de 1988 (art. 220,§3º) e da lei infraconstitucional reguladora (Lei n. 9.294/96, alterada pela Lei n. 10.167/2000), passou a haver exigência legal nesse sentido. A partir daí, se as restrições legais impostas à produção e comercialização de produtos derivados do tabaco foram devidamente observadas pela Souza Cruz, a publicidade veiculada à atividade econômica lícita não pode ser considerada enganosa ou abusiva, até porque isso não quer dizer que anteriormente as pessoas não conhecessem os males do tabagismo, seja por aconselhamento das autoridades sanitárias, pelas informações veiculadas na imprensa ou mesmo pela própria consciência do indivíduo, que recomenda parar de fumar.” (Apelação Cível 372.776-4, Relator Desembargador Macedo Pacheco, j. 29/05/08, v.u., TJ/PR)

2. Livre arbítrio

Vários julgados entenderam que a responsabilidade por eventuais doenças e/ou morte decorrentes do consumo de cigarro não pode ser atribuída à indústria, porque se enquadra na hipótese do artigo 12, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, que afasta a responsabilidade em caso de defeito do produto, se a culpa for exclusiva da vítima. Este fundamento está diretamente associado à tese do livre arbítrio do consumidor.

A título de exemplificação, destacam-se trechos de algumas decisões nesse sentido:

“Mesmo que haja uma certeza médica de que a doença foi ocasionada pelo uso contínuo do cigarro, o que seria antecedido, portanto, de uma relação jurídica de consumo que se renova a cada dia e que geraria a tese da responsabilidade objetiva, segundo o Autor, é de se considerar que a decisão de fumar é matéria de escolha pessoal, do exercício da liberdade que é assegurada pela Constituição, e que se algum mal resultar desse hábito não há como afastar a culpa exclusiva da vítima.

Ninguém é obrigado a fumar. Tudo é uma questão de livre escolha, pois é fato certo e notório que as pessoas, que se até há algumas décadas não eram bem esclarecidas sobre os males provocados pelo cigarro, hoje têm conscientização sobre os danos que pode causar à saúde, e se quiserem podem evitá-los.

(...)

Por essas e outras tantas considerações é que os Tribunais do País – seguindo uma tendência mundial, mesmo com alguns casos de condenação nos Estados Unidos e pouquíssimas no Brasil – vêm isentando as empresas fabricantes de cigarro da responsabilização. Entendo que julgar de maneira diversa poderia até, de certa forma, ensejar o risco de fomentar ainda mais o uso do cigarro.” (Apelação 6670-4/2008, Relatora Desa. Maria Geraldina Sá de Souza Galvão, julgado em 11/02/2009, v.u., TJ/BA)

“A autora fumava porque assim decidiu fazer, assumiu o risco consciente, optou pelo ‘prazer’ do fumo, o que lhe é

garantido na legislação vigente. Não há espaço para se encontrar culpa em que produza mercadoria que a falecida desejava. A despeito da ampla informação existente, optou por ser fumante e assumiu riscos decorrentes. Já o marido, representante do espólio nos autos, casou-se com quem já era fumante, e, portanto, nesta condição, sabia que sua esposa poderia sofrer males de saúde decorrentes do vício.

Ignorar que o vício é fruto da escolha da própria autora, passando a indenizar seus familiares por ela ter feito esta equivocada opção, seria incentivar que muitos persistam no vício, na esperança que a família possa ser indenizada.” (Apelação Cível 607.771-4, Relator Desembargador João Domingos Küster Puppi, j. 04/02/10, v.u., TJ/PR)

“Na seara das provas, o laudo pericial de fls. 1230/1261 não foi capaz de atribuir nexos entre a morte do marido da autora e o consumo do cigarro, o que apenas se apresenta como mais um elemento a justificar a improcedência do pedido inicial. Certo é, porém, que mesmo que tal liame de causa e efeito fosse atribuído categoricamente, o resultado da demanda não seria diverso. Em última análise, a escolha pelo hábito de fumar não é de ninguém a não ser do consumidor, que inaugura a conduta por sua livre e desvinculada escolha. É indene de dúvida que o consumo do cigarro é viciante, tanto pela presença da nicotina quanto de outras inúmeras substâncias nocivas, que totalizam 4720. É igualmente verdadeiro que os fatores que levam ao vício são também subjetivos e não podem ser relegados apenas às substâncias presentes no cigarro. Do mesmo modo, as doenças decorrentes do consumo afetam a uns e não a outros usuários, e nesse espectro de incidência se fazem presentes das mais diversas maneiras.” (Apelação cível 0121082 – 93.2000.8.19.0001, j. 02/03/10, v.u., TJ/RJ)

“Além disso, para que esta substância cause dependência, é imperioso o seu uso contínuo, ou seja, o consumidor precisa fumar por um determinado período de tempo espontaneamente até que necessite efetivamente do cigarro. Portanto, não se pode alegar que o vício retira a autodeterminação, se é o consumidor quem insiste em obtê-lo.” (Apelação Cível 569.832-6, Relator José Augusto Gomes Aniceto, j. 30/07/09, v.u., TJ/PR)

“Contudo, tal argumento, por si somente, não gera a condenação das recorridas. É que, nessa hipótese, por uma infeliz ironia, a responsabilidade pelo consumo de cigarros por parte do recorrente em tão tenra idade é atribuída aos pais, a quem incumbia o dever de orientação e vigília sobre os possíveis males que acometem seus filhos. Se não orientaram o apelante a não fumar por que tal prática lhe causaria malefícios, não são as promovidas que têm responsabilidade por isso.” (Apelação 2007.006680-3, Relator Francisco Seráfico, j. 11/12/07, v.u., TJ/RN)

3. Ausência de nexo causal

A falta do nexo de causalidade é fundamento encontrado em grande parte dos julgados, seja com base no Código de Defesa do Consumidor, seja com base no Código Civil (Antigo ou Novo), para romper o dever de indenizar.

No julgamento do Recurso Especial 1.113.804-RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, a ausência deste requisito é explicada com base no direito civil brasileiro que adotou a “teoria do dano direto e imediato” ou “teoria do nexo causal direto e imediato” ou ainda “teoria da interrupção do nexo causal” (artigos 403, CC/02 e 1060, CC/16). Segundo o Relator:

*“Na hipótese de doenças neoplásicas ou carcinomas, como ocorreu no caso concreto, não há como se vislumbrar o nexo causal, baseado em uma relação de necessidade, entre o tabagismo e a moléstia desenvolvida pelo de **cujus**. Isso porque a arte médica está limitada a afirmar a existência de fator de risco entre o fumo e o câncer, tal como outros fatores, como a alimentação, o álcool e o modo de vida da pessoa, se sedentária ou estressante.*

(...)

*Os dados estatísticos revelam que o câncer de pulmão é a mais grave e fulminante doença associada ao tabagismo, sendo que a maioria dos casos registrados no Brasil (quase 90%) a moléstia se desenvolveu em fumantes (DELFINO, Lúcio. **Responsabilidade civil e tabagismo**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 50).*

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

Em diversos outros acórdãos, a exemplo dos abaixo citados, a ausência de prova do nexo causal é destacada como excludente da responsabilidade:

“O exame do nexo causal exige prova técnica complexa, a qual tem sido feita normalmente por meio de prova pericial médica. Para a sua realização, além do emprego das técnicas mais modernas de análise, tem-se procurado reconstituir da maneira mais completa possível todo o histórico clínico do fumante, as circunstâncias em que viveu, as condições ambientais de onde trabalhou, o histórico de benefícios previdenciários etc.

As perícias não têm concluído em grau minimamente seguro que o cigarro tenha sido causa necessária de doenças de qualquer um dos fumantes examinados.

Diante também de falta de nexo de causalidade específico entre as doenças e os cigarros nos casos concretos, os tribunais têm rejeitado seguidamente as pretensões indenizatórias deduzidas por fumantes ou seus familiares (p. 63-64).

Portanto, afirma-se, com toda certeza, que a demonstração do nexo (sic) causalidade necessário ao pedido indenizatório só seria admitida acaso fosse realizada pelo usuário de cigarro, ainda em vida, por meio de uma prova técnica complexa e elaborada por junta médica, dando conta da sua dependência química e que o cometimento da doença fatídica foi provocado pelo uso contínuo do tabaco.” (Apelação 2009.018111-8, Relator Fernando Carioni, julgado em 13/07/2009, v.u., TJ/SC).

“Por outro lado, ainda que se tenha como presumível o desenvolvimento de enfisema pulmonar em decorrência do vício do tabagismo, não há nos autos prova inequívoca de que, neste caso, a doença pudesse ser atribuída exclusivamente ao consumo de cigarro.

Ademais, para que se pudesse admitir a responsabilidade da Apelada pelos danos causados ao Apelante, imprescindível também a comprovação de que ele sempre consumiu, com exclusividade, os cigarros fabricados pela Apelada, o que não ficou demonstrado.

A responsabilidade que se discute nestes autos é de natureza objetiva, e, por isso, para que fique configurado o dever de indenizar incumbe à vítima a prova do dano e do nexo de causalidade.

Ocorre que não foi produzida prova, pelo Apelante, de que o tabagismo tivesse sido a causa exclusiva da doença pulmonar que o acometeu, e não demonstrado o nexo de causalidade, não há como impor à Apelada o dever de indenizar, como corretamente concluiu a sentença.” (Apelação Cível 2008.001.15135, Relatora Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira, j. 01/08/08, por maioria, TJ/RJ)

Em sentido oposto, reconhecendo o nexo entre o dano e o tabaco e impondo a obrigação de indenizar, merece menção o voto vencido nos autos da Apelação Cível 2008.001.15135, acima destacada, na qual o Desembargador Revisor reconhece cabalmente a presença do requisito legal, além de declarar o dever reparatório, independentemente da licitude do ato:

“1 – As regras de experiência comum indicam que o efisema pulmonar, se não é causado, é consideravelmente agravado pelo vício do fumo. Se algum perito disser o contrário estaremos diante de conclusão teratológica e digna de investigação policial.

2 – O uso do cigarro não é um hábito, mas sim um vício, que causa dependência física e psicológica, daí a imensa dificuldade em largá-lo.

3 – A geração do autor foi submetida a forte propaganda direta e subliminar a favor do uso do cigarro, sem a informação,

hoje tão comum, de que faz mal à saúde. O vício iniciava-se na adolescência, tornando mais difícil ainda o seu abandono. Alguém já viu cidadão começar a fumar com mais de trinta anos?

4 – A atividade lícita não afasta o dever de indenizar, se o lucro foi obtido com atividade perniciosa à saúde, consentida pela autoridade pública em flagrante confronto com o interesse coletivo e individual dos cidadãos.” (íntegra do voto vencido do Desembargador Revisor Gabriel de Oliveira Zefiro).

Vale também indicar o acórdão proferido nos autos de acórdão do Tribunal Mineiro que transitou em julgado em 13/08/2010, condenando a Souza Cruz a pagar R\$ 120 mil a título de danos morais divididos entre viúva e duas filhas de vítima do tabaco. No voto condutor da decisão vencedora, por maioria, afirmou o Relator:

“Ora, é de sabedoria notória o quanto é difícil se livrar do vício do tabagismo, sendo certo que a vítima foi nitidamente influenciada por propagandas e pela sociedade da época sobre os prazeres do fumo, motivo pelo qual não pode agora a empresa fabricante de cigarros se furtar de sua responsabilidade.

Analisando a prova produzida nos autos, tenho que edema agudo pulmonar e cardiopatia hipertrófica que culminaram na morte do falecido esposo da autora resultaram mesmo do uso contínuo dos cigarros produzidos pela apelada.

(...)

Do ponto de vista médico e, naturalmente técnico, ficou demonstrada e identificada nos autos a evolução da doença, bem como o dano e o nexo de causalidade entre o hábito de fumar e as doenças de que era portador o sr. Valdemiro.

(...)

Conclui-se que mesmo que a doença que causou a morte do sr. Valdemiro não decorresse única e exclusivamente do uso do cigarro, é certo que este contribuiu consideravelmente pelo agravamento do seu estado de saúde naquele momento trágico e, por isso, deve a apelada ser responsabilizada.

Registre-se que não existe qualquer outro elemento de convicção nos autos a comprovar que a origem da doença não decorreu do consumo de cigarros, prova esta imprescindível para a apelada se eximir de sua responsabilidade.” (Apelação Cível 1.0024.05.799917-9/001, Relator Desembargador Rogério Medeiros, julgado em 03/09/09, por maioria de votos).

4. Licidade da produção e comercialização de cigarros

Nas questões atinentes à matéria da pesquisa (responsabilidade civil), considerando a correspondência entre o Código Civil Antigo e o Novo e a freqüente menção aos dois Diplomas Legais, os apontamentos são aqui feitos conjuntamente.

Das 27 citações ao Código Civil (Novo e Antigo), 20 dizem respeito à conceituação dos atos lícitos e ilícitos (artigos 159 e 160, CC/16, artigos 186, 188 e 927, CC/02), argumentação muito repetida nos acórdãos para isentar a responsabilidade da indústria tabagista.

De acordo com parcela considerável dos julgadores, a comercialização de cigarros é atividade lícita, regulada pelo Poder Público, prevista inclusive na Constituição Federal (artigo 220, §4º), em artigo bastante invocado nos julgados, como visto na tabela acima. Portanto, não se tratando de ato ilícito, não se revela o dever de indenizar sob a égide da Lei Civil.

Destaca-se alguns acórdãos que enfocaram este aspecto:

“Por outro lado, a inconsistência da política sanitária, criminal e de saúde nacional, que autorizam o consumo de álcool e tabaco, vedando o de inúmeras outras substâncias entorpecentes e de efeitos nocivos à saúde, é um dos elementos centrais dos debates acerca do tema. Apesar disso, não cumpre ao magistrado fazer juízo de moralidade, custo-benefício e justiça social de tais medidas, sob pena de travestir-se em legislador; mas sim respeitar e impor a vontade legislativa que, a princípio, reflete a da população. E nesse tocante, a livre iniciativa deve ser respeitada, pois não está ultrapassando qualquer limite imposto pelo ordenamento jurídico.” (Apelação cível 0121082 – 93.2000.8.19.0001, j. 02/03/10, v.u, TJ/RJ)

“Ainda que no regime do direito do consumidor, o deferimento vindicado exige que haja ilícito conectado ao dano”. (Apelação 2001.01101290-05, Relator Fábio Eduardo Marques, julgado em 11/06/08, v.u. TJDF)

O artigo 220, § 4º, que determina restrições à publicidade de produtos nocivos, entre os quais, o cigarro, foi o dispositivo constitucional mais citado (13 julgados), servindo de fundamento para demonstrar a licitude da atividade da indústria do fumo, inclusive de sua publicidade, reforçando a tese de inexistência do dever reparatório. Em vários destes julgados, a Lei 9.294/98 e, em menor proporção, a Lei 10.167/00, também são invocadas.

“Deve-se ressaltar, também, que as restrições ao consumo do cigarro e o alerta sobre os seus malefícios são aspectos mais recentes do mercado tabagista, sendo que as pessoas que começaram a fumar nas décadas passadas e estavam inseridas em um ambiente totalmente singular, onde a estratégia das grandes empresas era a de convencimento dos consumidores para que comprassem determinada marca.

Mesmo nessa hipótese, não se tem entendido pela condenação das empresas, visto que elas não desrespeitaram qualquer aspecto legal na época, pois não lhes eram impostos tais encargos. Sendo assim, não pode a ré ser responsabilizada por omissão em informar ou advertir o consumidor, como pretendem fazer crer os apelantes, sobretudo porque somente com o advento da Constituição Federal de 1988 (art. 220, §4º) e da lei infraconstitucional reguladora (Lei n. 9.294/96, alterada pela Lei n. 10.167/2000), passou a haver exigência legal nesse sentido. A partir daí, se as restrições legais impostas à produção e comercialização de produtos derivados do tabaco foram devidamente observadas pela Souza Cruz, a publicidade veiculada à atividade econômica lícita não pode ser considerada enganosa ou abusiva, até porque isso não quer dizer que anteriormente as pessoas não conhecessem os males do tabagismo, seja por aconselhamento das autoridades sanitárias, pelas informações veiculadas na imprensa ou mesmo pela própria consciência do indivíduo, que recomenda parar de fumar.” (Apelação Cível 372.776-4, Relator Desembargador Macedo Pacheco, j. 29/05/08, v.u., TJ/PR)

A admissão legal da publicidade de cigarros é, como mencionado, um argumento de reforço constantemente utilizado, com base especialmente no artigo 220, §4º, da CF; artigo 37 do CDC; e Lei 9.294/96. A existência de advertência aos consumidores é lembrada nos julgados para inferir que se continuaram fumando, foi por livre escolha.

Interessante trazer o entendimento do Desembargador Fabio Maia Viani que, em julgamento de recurso de apelação, proferiu voto incisivo quanto à influência que exerce a publicidade, para, logo na seqüência, decidir em sentido contrário, ressaltando a falta de comprovação do nexo entre a publicidade e o vício, no julgamento dos embargos declaratórios:

“Só gostaria de acrescentar que o fumante, sobretudo se contraiu o vício há décadas, foi levado a esse mal realmente pela propaganda enganosa dos fabricantes. Como bem lembrou o Revisor, essa propaganda, numa época em que não existiam essas campanhas, pelo menos as campanhas que existem hoje, o cigarro era sempre associado, à beleza, ao sucesso na vida, até à esportividade.

Não há dúvida, portanto, que os viciados, não fosse por essas propagandas, certamente não teriam contraído o vício.

O dano, no caso concreto, é muito grave e por isso tenho que a indenização fixada pelo Revisor, em 200 mil reais, atende, digamos, razoavelmente à finalidade de punir o infrator, a de ser exemplar, de modo que além de compensar a vítima, tenha realmente esse caráter punitivo. Talvez devesse ser maior, mas é razoável o valor arbitrado pelo Revisor.” (Apelação cível 1.0024.01.038251-3/001, Relator do acórdão Elpídio Donizetti, j. 02/10/07, por maioria, TJ/MG)

Posteriormente, no voto dos embargos declaratórios, decidiu:

“Para o voto condutor, que acompanhei, ‘conquanto o perito do juízo não tenha vislumbrado uma relação de causa e efeito exclusiva entre os danos e o consumo de cigarro, o fato é que o expert não descartou o uso da droga como um dos fatores que levou à amputação da perna da autora’ (fls.2010).

Equivale a dizer que a perícia médica não atestou a presença do nexo causal entre o fumo e a doença nela descrita: só não descartou essa mera possibilidade.

Nem consta nos autos a menor prova de que o vício da autora tivesse como causa a propaganda do fabricante contra quem escolheu para demandar, ou até mesmo que houvesse fumado cigarros da sua marca.

Ora, se houve o dano, mas sua causa não está comprovadamente associada ao comportamento do agente, inexistente relação de causalidade e a conseqüente obrigação de indenizar – coisa que o acórdão realmente deixou de explicitar.” (Embargos de Declaração 1.0024.01.038251-3/002, Relator Elpídio Donizetti, j. 20/05/08, TJ/MG)

Em sentido contrário, convém citar julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, acima referido, que reconhece a obrigação de indenizar decorrente de dano, independentemente da licitude da atividade:

“Não se desconhece a legalidade da fabricação do cigarro e de sua comercialização, portanto atividade lícita. Contudo, não se está aqui examinando a natureza jurídica da conduta das empresas fabricantes de cigarros, mas os danos causados por esta conduta, seja lícita ou não.

(...)

Evidentemente, se uma empresa fabrica e comercializa um produto que, além de viciar, ainda mata por câncer e enfisema pulmonar, desimporta se sua atividade é lícita. Ao colocar tal produto no mercado, com tamanho potencial de malefício e destruição, não há como negar que tal empresa é responsável pelo risco e pelo perigo que criou. E se não impede as conseqüências desastrosas do uso de tal produto – ainda que o uso fosse completamente voluntário, e não houvesse dependência e ardiloso apelo publicitário – sendo uma dessas conseqüências, certamente a mais trágica, a morte, não pode restar dúvida sobre a evidente responsabilidade do fabricante em arcar com a indenização correspondente.

Reporto-me aqui à teoria do risco-proveito, segundo a qual será responsável civilmente todo aquele que aufera lucro ou vantagem do exercício de determinada atividade. Segundo Sérgio Cavalieri Filho, ‘onde está o ganho, aí reside o encargo - ‘ubi emolumentum, ibi onus’ (in Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros, 3ª ed., p. 167).” (Apelação Cível 1.0024.05.799917-9/001, Relator Desembargador Rogério Medeiros, Tribunal de Minas Gerais, julgado em 03/09/09, por maioria de votos)

5. Prescrição

O artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe sobre a prescrição nas hipóteses de fato do produto ou serviço (artigos 12 a 17), foi utilizado em 10 acórdãos analisados para decretar a prescrição do direito à reparação em cinco anos, negando a indenização ao autor. Esta é a tese que vem prevalecendo no STJ, como verificado em três dos seis julgados da Corte e já explicitado no item *Superior Tribunal de Justiça*.

No julgamento do Recurso Especial 782.433-MG, o cerne da questão prescricional foi posta pelo Relator para acórdão Ministro Sidnei Beneti, nos seguintes termos: *“A alternativa em questão é esta: - Moléstias que tenham o tabagismo como causa exclusiva ou agravante, são ‘danos causados por fato do produto ou do serviço prestado’, cuja ação indenizatória é subordinada ao prazo de cinco anos, nos termos do art. 27 do Cód. De Defesa do Consumidor (Lei 8078/1990), ou: são ‘males decorrentes das características essenciais do objeto consumidor’, cuja ação indenizatória é regida pelo prazo prescricional ordinário de vinte anos, segundo o Cód. Civil/1916’?”*

Não obstante, não consta no voto do Ministro a fundamentação pelo enquadramento dos danos advindos do tabagismo como fato do produto. Valendo-se do precedente do STJ no Recurso Especial 304.724-RJ, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, que enquadrou a hipótese no artigo 27 do CDC, o Ministro Beneti decidiu que *“Em suma, a tese que, pelo meu voto, deve reger o caso de ação ajuizada com expresse fundamento no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, é a da primeira alternativa (n. 3, supra): ‘Moléstias que tenham o tabagismo como causa exclusiva ou agravante, são ‘danos causados por fato do produto ou do serviço prestado’, cuja ação indenizatória de dano moral é subordinada ao prazo de cinco anos, nos termos do art. 27 do Cód. de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90)’”*.

Importante considerar que a aplicação do artigo 27 está sendo utilizada, mesmo em ações propostas antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, como é o caso do julgado acima mencionado (REsp 782.433-MG). Mesmo diante do voto brilhante

da Ministra Nancy Andrighi em defesa da irretroatividade da lei,¹ entendeu o STJ que não obstante o dano tenha ocorrido e sido constatado **antes** da vigência do CDC, é esta norma que deve incidir. O voto vencido da Ministra, de cujo teor a seguir se destaca passagem, não foi suficiente para alterar o entendimento dos demais Ministros:

“Consta do acórdão vergastado que ‘apesar de o requerente ter começado a fumar aos 9 (nove) anos, somente aos 32 (trinta e dois) anos tomou conhecimento dos prejuízos e do seu causador; isto é, nos idos de 1989, portanto, há aproximadamente 14 (quatorze) anos antes da propositura da ação.’ (fls. 1.121)

A Lei nº 8.078/90 foi publicada no Diário Oficial da União em 12.09.1990, com uma vacatio legis de 180 (cento e oitenta) dias, cujo término deu-se em 11.03.1991, data da efetiva entrada em vigor do CDC.

Portanto, o conhecimento do dano e de sua autoria se deu de 01 (um) a 02 (dois) anos antes do CDC entrar em vigor, quando então vigia o CC/16, (...).

Dessa forma, a despeito de se tratar de norma especial, para que se possa concluir pela incidência, na espécie, do prazo prescricional de 05 (cinco) anos previsto no art. 27 do CDC, ter-se-á que admitir a aplicação retroativa deste diploma legal, ainda que, como fez o juiz de primeiro grau, se conte o prazo tão somente da entrada em vigor da lei.”

No caso mencionado, a doença (TAO) foi diagnosticada em 1989 e a ação foi proposta em janeiro de 2003, tendo o STJ considerado prescrita a ação, com base no CDC que entrou em vigor em março de 1991, ou seja, após o fato e sua constatação.

O mesmo entendimento é percebido em outros votos prolatados em outros julgamentos da Corte, a exemplo do voto do Ministro Noronha a seguir destacado:

“V – Início da contagem do prazo prescricional – Ocorrência da prescrição

Quanto ao início da contagem do prazo prescricional, sigo a inteligência que, a respeito, deu o i. relator à vista dos autos, para situa-lo em 1994 – ano em que o autor, confessadamente, foi avisado de que deveria parar de fumar -, de modo que, na data em que a ação foi inaugurada, ou seja, em 15/8.2000, já havia transcorrido o quinquênio previsto no art. 27 do CDC e, assim, sua pretensão já estava fulminada pela prescrição.” (Recurso Especial 489.895-SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, j. 10/03/2010, por maioria de votos)

Vale ainda destacar a compreensão do Ministro Massami Uyeda acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor. No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial 851.924-RS, ocorrido em 25/09/09, Relator Ministro Vasco Della Giustina, em que a discussão não se referia à prescrição, mas às provas e à valoração das provas, o Ministro Uyeda declarou voto afirmando que *“as disposições de proteção ao consumo não se fazem presentes porque os fatos ocorreram antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor.”*

Já na apreciação do Recurso Especial 1.036.230-SP, Relator Ministro Vasco Della Giustina, realizada em 23/06/09, em que a controvérsia jurídica levada à Corte era sobre a prescrição do direito, o mesmo Ministro Uyeda seguiu o voto do Relator, entendendo pela aplicação do CDC. Aqui, a doença fora diagnosticada em 14/03/88 e a propositura da ação se deu em 01/04/2003.

Vê-se que parcela dos julgados afasta a aplicação do artigo 12 por não reconhecer que o cigarro é produto defeituoso; enquanto outra parte dos julgadores invoca o parágrafo 3º do mesmo artigo 12 para atribuir a responsabilidade pelos danos à própria vítima que decidiu fumar e continuar fumando, por livre escolha; ou ainda para decretar a prescrição com base no artigo 27.

1 De acordo com consulta online ao site do STJ, o acórdão transitou em julgado e retornou à origem, sem a interposição de recurso extraordinário.

VI

Conclusões e encaminhamentos

ANEXO I - Formulário de análise de acórdãos

ANEXO II - Tabela com dados dos acórdãos

ANEXO III - Relação das decisões examinadas

ANEXO IV - Decisões favoráveis às vítimas

Em síntese, as teses construídas pela indústria, que parecem ter impregnado o Judiciário, buscam por meio de fundamentos “alternativos” descaracterizar o direito à reparação do consumidor. De acordo com tais teses, é aplicável a responsabilidade subjetiva (e mesmo que objetiva), a indenização não é cabível, pela falta denexo de causalidade. Se ou quando, há reconhecimento do nexoe entre dano e tabaco, o livre arbítrio, comumente, ao lado da licitude da atividade, é invocado para negar o pedido da vítima ou seus familiares. Finalmente, se vale ainda do prazo prescricional “reduzido” de cinco anos para fulminar outras tantas pretensões.

Diante de tais teses, as provas, mesmo periciais, têm ficado em segundo plano. Foram realizadas perícias em menos de 25% dos casos e na maior parte deles, o resultado foi inconclusivo. Pela leitura dos julgados, fica nítida a falta de importância atribuída às provas. Nas ações em que há deficiência de prova, sem dúvida, este aspecto é salientado para afastar o dever reparatório, porém quando se trata de doenças causadas pelo consumo do cigarro, como câncer de pulmão e TAO, são lançados outros argumentos, como o livre arbítrio e a falta de nexo causal entre o cigarro e o dano como causa única e imediata para rejeitar a indenização.

A presente pesquisa confirma que, por ora, as decisões judiciais têm sido, em sua maioria, desfavoráveis às vítimas do tabagismo. Contudo, não se pode deixar de reconhecer a existência de decisões de primeira e segunda instâncias que, a despeito da jurisprudência majoritária, continuam condenando as empresas fabricantes a reparar os danos causados por seus produtos, bem como as decisões que determinam a produção de provas buscando elementos para a caracterização do dano.

O divórcio entre os fatos e consensos científicos sobre o impacto do tabaco na saúde e as decisões judiciais desfavoráveis às vítimas precisa ser debatido amplamente e divulgado. Somente o conhecimento por parte do Poder Judiciário a respeito do entendimento científico permitirá a aplicação adequada da lei, revertendo-se a atual tendência jurisprudencial.

ANEXO I - Formulário de análise de acórdãos

ACT – PESQUISA NACIONAL – 2010

1. Órgão Julgador	<input type="checkbox"/> 1.1 TJ/___ <input type="checkbox"/> 1.2 STJ
2. Acórdão nº	
3. Recurso julgado	<input type="checkbox"/> 3.1 apelação <input type="checkbox"/> 3.2 agravo <input type="checkbox"/> 3.3 embargos infringentes <input type="checkbox"/> 3.4 outros: _____
4. Data do julgamento	/ /
5. Município de origem	
6. Natureza da ação	<input type="checkbox"/> individual <input type="checkbox"/> coletiva
7. Objeto da ação	<input type="checkbox"/> 7.1 indenização por dano moral <input type="checkbox"/> 7.2 indenização por dano material <input type="checkbox"/> 7.3 indenização por danos estéticos <input type="checkbox"/> 7.4 outro: _____ <input type="checkbox"/> 7.5 ação de indenização não especificada
8. Autor	<input type="checkbox"/> 8.1 vítima <input type="checkbox"/> 8.2 familiar <input type="checkbox"/> 8.3 outros _____
9. Réu	<input type="checkbox"/> 9.1 Souza Cruz <input type="checkbox"/> 9.2 Philip Morris <input type="checkbox"/> 9.3 Souza Cruz e Philip Morris <input type="checkbox"/> 9.4 BAT <input type="checkbox"/> 9.5 Altria <input type="checkbox"/> 9.6 outros: _____
10. Razões para fumar	<input type="checkbox"/> 10.1 vício <input type="checkbox"/> 10.2 publicidade <input type="checkbox"/> 10.3 falta de informação <input type="checkbox"/> 10.4 outras: _____
11. Doença causada à vítima	<input type="checkbox"/> 11.1 câncer <input type="checkbox"/> 11.1.1 de pulmão <input type="checkbox"/> 11.1.2 outro: _____ <input type="checkbox"/> 11.1.3 câncer não especificado <input type="checkbox"/> 11.2 tromboangietobliterante (TAO) <input type="checkbox"/> 11.3 vascular <input type="checkbox"/> 11.4 amputação / cicatrizes <input type="checkbox"/> 11.5 psiquiátrica <input type="checkbox"/> 11.6 outra: _____ <input type="checkbox"/> 11.7 não especificado
12. Morte	<input type="checkbox"/> 12.1 sim <input type="checkbox"/> 12.2 não <input type="checkbox"/> 12.3 não indicado
13. Realização de perícia	<input type="checkbox"/> 13.1 sim <input type="checkbox"/> 13.2 não <input type="checkbox"/> 13.3 não indicado
14. Resultado da perícia	<input type="checkbox"/> 14.1 concluiu pela existência do dano causado pelo tabaco <input type="checkbox"/> 14.2 concluiu pela inexistência da relação entre dano e tabaco <input type="checkbox"/> 14.3 inconclusiva <input type="checkbox"/> 14.4 realizada a perícia, mas não menciona o resultado <input type="checkbox"/> 14.5 outro: _____
15. Outras provas solicitadas	<input type="checkbox"/> 15.1 sim: _____ <input type="checkbox"/> 15.2 não <input type="checkbox"/> 15.3 não indicado

16. Outras provas admitidas	<input type="checkbox"/> 16.1 sim: _____ <input type="checkbox"/> 16.2 não <input type="checkbox"/> 16.3 não indicado
17. 1ª instância	<input type="checkbox"/> 17.1 apreciou o mérito <input type="checkbox"/> 17.1.1 favorável à vítima <input type="checkbox"/> 17.1.2 parcialmente favorável: _____ <input type="checkbox"/> 17.1.3 desfavorável à vítima <input type="checkbox"/> 17.2 não apreciou o mérito <input type="checkbox"/> 17.2.1. inversão do ônus da prova: <input type="checkbox"/> 17.2.1.1 admitida <input type="checkbox"/> 17.2.1.2 negada <input type="checkbox"/> 17.2.1.3 não mencionada <input type="checkbox"/> 17.2.2 decidiu sobre outros meios probatórios: _____ <input type="checkbox"/> 17.2.2.1 admitidos <input type="checkbox"/> 17.2.2.2 negados <input type="checkbox"/> 17.2.2.3 não mencionada <input type="checkbox"/> 17.2.3 outro: _____ <input type="checkbox"/> 17.3 extinção sem julgamento do mérito: _____ <input type="checkbox"/> 17.4 o relatório do acórdão não menciona a decisão de 1ª instância
18. 2ª instância	<input type="checkbox"/> 18.1 apreciou o mérito <input type="checkbox"/> 18.1.1 favorável à vítima <input type="checkbox"/> 18.1.1.1 unanimidade <input type="checkbox"/> 18.1.1.2 maioria <input type="checkbox"/> 18.1.2 parcialmente favorável à vítima: _____ <input type="checkbox"/> 18.1.2.1 unanimidade <input type="checkbox"/> 18.1.2.2 maioria <input type="checkbox"/> 18.1.3 desfavorável à vítima <input type="checkbox"/> 18.1.3.1 unanimidade <input type="checkbox"/> 18.1.3.2 maioria <input type="checkbox"/> 18.2 não apreciou o mérito <input type="checkbox"/> 18.2.1 decidiu sobre inversão do ônus da prova: <input type="checkbox"/> 18.2.1.1 admitida <input type="checkbox"/> 18.2.1.2 negada <input type="checkbox"/> 18.2.1.3 não mencionada <input type="checkbox"/> 18.2.2 decidiu sobre outros meios probatórios: _____ <input type="checkbox"/> 18.2.2.1 admitidos <input type="checkbox"/> 18.2.2.2 negados <input type="checkbox"/> 18.2.2.3 não mencionada <input type="checkbox"/> 18.2.3 outros: _____
19. instância especial	<input type="checkbox"/> 19.1 apreciou o mérito <input type="checkbox"/> 19.1.1 favorável à vítima <input type="checkbox"/> 19.1.1.1 unanimidade <input type="checkbox"/> 19.1.1.2 maioria <input type="checkbox"/> 19.1.2 parcialmente favorável à vítima: _____ <input type="checkbox"/> 19.1.2.1 unanimidade <input type="checkbox"/> 19.1.2.2 maioria <input type="checkbox"/> 19.1.3 desfavorável à vítima <input type="checkbox"/> 19.1.3.1 unanimidade <input type="checkbox"/> 19.1.3.2 maioria <input type="checkbox"/> 19.2 não apreciou o mérito <input type="checkbox"/> 19.2.1 decidiu sobre inversão do ônus da prova: <input type="checkbox"/> 19.2.1.1 admitida <input type="checkbox"/> 19.2.1.2 negada <input type="checkbox"/> 19.2.1.3 não mencionada <input type="checkbox"/> 19.2.2 decidiu sobre outros meios probatórios: _____ <input type="checkbox"/> 19.2.2.1 admitidos <input type="checkbox"/> 19.2.2.2 negados <input type="checkbox"/> 19.2.2.3 não mencionada <input type="checkbox"/> 19.2.3 outros: _____
20. Responsabilidade reconhecida na decisão	<input type="checkbox"/> 20.1 objetiva <input type="checkbox"/> 20.1.1 nexo de causalidade reconhecido <input type="checkbox"/> 20.1.2 nexo de causalidade não reconhecido <input type="checkbox"/> 20.2 subjetiva <input type="checkbox"/> 20.3 não especificada <input type="checkbox"/> 20.4 não configurada: _____

<i>subtotal</i>	13	19	5	18	12	7	16	6	96
Razões para fumar	RS	SC	PR	SP	MG	RJ	Vários	STJ	Total
vício	1	2	1	2	0	2	0	0	8
publicidade	4	0	0	4	1	1	0	1	11
falta de informação	0	0	0	0	1	0	2	0	3
vício e publicidade	5	8	0	2	2	2	2	1	22
vício e falta de informação	0	0	2	0	2	1	0	0	5
publicidade e falta de informação	2	2	0	2	2	0	5	0	13
vício, publicidade e falta de informação	0	1	1	3	3	0	5	3	16
outras	1	0	0	0	0	0	0	0	1
não indicado	0	6	1	5	1	1	2	1	17
<i>subtotal</i>	13	19	5	18	12	7	16	6	96
Doença causada à vítima	RS	SC	PR	SP	MG	RJ	Vários	STJ	Total
câncer de pulmão	4	8	3	1	3	1	1	3	24
câncer de garganta	0	0	0	1	0	0	0	0	1
câncer de laringe e/ou faringe	1	2	0	1	1	0	4	0	9
outro câncer	0	2	0	0	2	2	2	0	8
câncer não especificado	0	1	0	1	0	0	0	0	2
tromboangietobliterante (TAO)	1	0	0	2	0	0	0	3	6
vascular	0	0	0	0	0	0	0	0	0
amputação / cicatrizes	0	0	1	1	0	0	0	0	2
psiquiátrica	0	0	0	0	0	0	0	0	0
outra:									
a) arterial coronária	0			1	0	0	0	0	1
b) insuficiência respiratória	2	1		1	0	0	0	0	4
c) enfisema pulmonar	1			1	2	1	2	0	7
d) cardiopatia isquêmica	1			0	0	0	0	0	1
e) outras	2	5		2	3	0	5	0	17
não especificada	1		1	6	1	3	2	0	14
<i>subtotal</i>	13	19	5	18	12	7	16	6	96
Morte	RS	SC	PR	SP	MG	RJ	Vários	STJ	Total
sim	6	19	4	5	5	4	5	2	50
não	7	0	1	8	7	3	11	4	41
não indicado		0	0	5	0	0	0	0	5
<i>subtotal</i>	13	19	5	18	12	7	16	6	96
Realização de perícia	RS	SC	PR	SP	MG	RJ	Vários	STJ	Total
sim	4	3	2	3	2	2	5	1	22
não	7	14	0	8	2	0	5	4	40
não indicado	2	2	3	7	8	5	6	1	34
<i>subtotal</i>	13	19	5	18	12	7	16	6	96
Resultado da perícia	RS	SC	PR	SP	MG	RJ	Vários	STJ	Total
concluiu pela existência do dano	1	1	0	0	0	0	0	0	2
concluiu pela inexistência da relação entre dano e tabaco	0	0	0	1	0	0	0	0	1
inconclusiva	2	2	1	2	2	1	3	1	14
realizada a perícia, mas não menciona o resultado	1	0	1	0	0	1	2	0	5
outro	0	0	0	0	0	0	0	0	0
<i>subtotal</i>	4	3	2	3	2	2	5	1	22
Outras provas solicitadas	RS	SC	PR	SP	MG	RJ	Vários	STJ	Total
sim	6	17	1	7	2	2	7	1	43
não	0	0	0	0	0	0	7	1	8

não indicado	7	2	4	11	10	5	2	4	45
<i>subtotal</i>	<i>13</i>	<i>19</i>	<i>5</i>	<i>18</i>	<i>12</i>	<i>7</i>	<i>16</i>	<i>6</i>	96
Outras provas admitidas	RS	SC	PR	SP	MG	RJ	Vários	STJ	Total
sim	6	2	4	2	5	3	8	1	31
não	2	15	0	1	1	0	2	1	22
não indicado	5	2	1	15	6	4	6	4	43
<i>subtotal</i>	<i>13</i>	<i>19</i>	<i>5</i>	<i>18</i>	<i>12</i>	<i>7</i>	<i>16</i>	<i>6</i>	96
1ª instância	RS	SC	PR	SP	MG	RJ	Vários	STJ	Total
apreciou o mérito - favorável à vítima	2	0	1	2	0	0	0	1	6
apreciou o mérito - parcialmente favorável à vítima	0	0	1	0	1	1	0	0	3
apreciou o mérito - desfavorável à vítima	10	17	2	13	11	5	14	5	77
não apreciou o mérito - inverteu o ônus da prova - admitida	0	2	1	1	0	0	0	0	4
não apreciou o mérito - inverteu o ônus da prova - negada	0	0	0	1	0	0	0	0	1
não apreciou o mérito - inverteu o ônus da prova - não mencionada	0	0	0	0	0	0	0	0	0
não apreciou o mérito - decidiu sobre outros meios probatórios - admitidos	0	0	0	0	0	0	0	0	0
não apreciou o mérito - decidiu sobre outros meios probatórios - negados	0	0	0	0	0	1	0	0	1
não apreciou o mérito - decidiu sobre outros meios probatórios - não mencionados	0	0	0	0	0	0	0	0	0
não apreciou o mérito - outros	1	0	0	1	0	0	2	0	4
extinção sem julgamento do mérito	0	0	0	0	0	0	0	0	0
o relatório do acórdão não menciona a decisão de 1ª instância	0	0	0	0	0	0	0	0	0
<i>subtotal</i>	<i>13</i>	<i>19</i>	<i>5</i>	<i>18</i>	<i>12</i>	<i>7</i>	<i>16</i>	<i>6</i>	96
2ª instância	RS	SC	PR	SP	MG	RJ	Vários	STJ	Total
apreciou o mérito - favorável à vítima - por unanimidade	2	0	0	0	0	0	0	3	5
apreciou o mérito - favorável à vítima - por maioria	0	0	0	1	3	0	0	1	5
apreciou o mérito - parcialmente favorável à vítima - por unanimidade	0	0	0	0	0	0	0	1	1
apreciou o mérito - parcialmente favorável à vítima - por maioria	1	0	0	0	0	0	0	0	1
desfavorável à vítima - por unanimidade	4	10	4	10	8	5	14	0	55
desfavorável à vítima - por maioria	4	0	0	3	1	0	0	1	9
não apreciou o mérito - decidiu sobre inversão do ônus da prova - admitida	0	2	0	0	0	0	0	0	2
não apreciou o mérito - decidiu sobre inversão do ônus da prova - negada	0	0	1	0	0	0	0	0	1
não apreciou o mérito - decidiu sobre inversão do ônus da prova - não mencionada	0	0	0	0	0	0	0	0	0
não apreciou o mérito - decidiu sobre outros meio probatórios - admitidos	1	7	0	2	0	1	0	0	11
não apreciou o mérito - decidiu sobre outros meio probatórios - negados	0	0	0	0	0	0	0	0	0
não apreciou o mérito - decidiu sobre outros meios probatórios - não mencionada	0	0	0	0	0	0	0	0	0
não apreciou o mérito - outros	1	0	0	2	0	1	2	0	6
<i>subtotal</i>	<i>13</i>	<i>19</i>	<i>5</i>	<i>18</i>	<i>12</i>	<i>7</i>	<i>16</i>	<i>6</i>	96

Superior Tribunal de Justiça	RS	SC	PR	SP	MG	RJ	Vários	STJ	Total
apreciou o mérito - favorável à vítima - por unanimidade	---	---	---	---	---	---	---	0	0
apreciou o mérito - favorável à vítima - por maioria	---	---	---	---	---	---	---	0	0
apreciou o mérito - parcialmente favorável à vítima - por unanimidade	---	---	---	---	---	---	---	0	0
apreciou o mérito - parcialmente favorável à vítima - por maioria	---	---	---	---	---	---	---	0	0
desfavorável à vítima - por unanimidade	---	---	---	---	---	---	---	2	2
desfavorável à vítima - por maioria	---	---	---	---	---	---	---	3	3
não apreciou o mérito - decidiu sobre inversão do ônus da prova - admitida	---	---	---	---	---	---	---	0	0
não apreciou o mérito - decidiu sobre inversão do ônus da prova - negada	---	---	---	---	---	---	---	0	0
não apreciou o mérito - decidiu sobre inversão do ônus da prova - não mencionada	---	---	---	---	---	---	---	0	0
não apreciou o mérito - decidiu sobre outros meio probatórios - admitidos	---	---	---	---	---	---	---	0	0
não apreciou o mérito - decidiu sobre outros meio probatórios - negados	---	---	---	---	---	---	---	0	0
não apreciou o mérito - decidiu sobre outros meios probatórios - não mencionada	---	---	---	---	---	---	---	0	0
outros	---	---	---	---	---	---	---	1	1
<i>subtotal</i>	---	---	---	---	---	---	---	6	6
Responsabilidade reconhecida na decisão	RS	SC	PR	SP	MG	RJ	Vários	STJ	Total
objetiva - nexos de causalidade reconhecido	2	0	0	1	1	0	0	0	4
objetiva - nexos de causalidade não reconhecido	0	0	0	0	0	0	0	0	0
subjativa	0	0	0	0	1	0	0	0	1
não especificada	0	0	0	0	1	0	0	0	1
não configurada	8	0	3	13	7	5	14	6	56
não se aplica	3	19	2	4	2	2	2	0	34
<i>subtotal</i>	13	19	5	18	12	7	16	6	96
Condenação	RS	SC	PR	SP	MG	RJ	Vários	STJ	Total
indenização por dano moral	2	0	0	0	2	0	0	0	4
indenização por dano material - pensão	0	0	0	0	0	0	0	0	0
indenização por dano material - lucros cessantes	0	0	0	0	0	0	0	0	0
indenização por dano material - despesas de reabilitação	0	0	0	0	0	0	0	0	0
indenização por dano estético	0	0	0	0	0	0	0	0	0
indenização por dano moral e material	0	0	0	1	0	0	0	0	1
indenização por dano moral e estético	0	0	0	0	0	0	0	0	0
indenização por dano material e estético	0	0	0	0	0	0	0	0	0
indenização por dano moral, material e estético	0	0	0	0	0	0	0	0	0
outros	1	0	1	3	2	2	0	0	9
não especificado	0	0	0	0	0	0	0	0	0
não houve condenação	10	19	4	14	8	5	16	6	82
<i>subtotal</i>	13	19	5	18	12	7	16	6	96
Fundamentação	RS	SC	PR	SP	MG	RJ	Vários	STJ	Total
CDC	5	8	4	1	4	3	9	4	38
CC 1916	0		0	0	1	1	2	0	4
CC 2002	1		0	3	4	0		1	9
CF	2	7	0	0	0	0	1	0	10

Outros - CPC (artigo 330, I, e/ou 130, 131)	1	1	0	2	0	0		0	4
Outros	1		1	0	0	1	3	1	7
não mencionada	3	3	0	12	3	2	1	0	24
<i>subtotal</i>	<i>13</i>	<i>19</i>	<i>5</i>	<i>18</i>	<i>12</i>	<i>7</i>	<i>16</i>	<i>6</i>	<i>96</i>

ANEXO III - Relação das decisões examinadas

Tribunal	Número do recurso
STJ	1036230-SP
	782433-MG
	1113804-RS
	489895-SP
	886347-RS
	851924-RS
TJ/RS	70015107600
	70016845349
	70035443324
	70024030868
	70018190991
	70017506734
	70018138917
	70027823426
	70029006053
	70022408231
	70022248215
	70016112856
	70023506736
	TJ/SC
2005008845-6	
2005021834-1	
2005022937-5	
2005024757-9	
2005029271-8	
2005029372-7	
2005034234-3	
2005034931-6	
2005038435-8	
2005042121-6	
2006008308-8	
2007029919-6	
2007053098-2	
2009018111-8	
2009018266-0	
2009021109-5	
2009018242-6	
2005021210-5	

TJ/PR	569832-6
	0394190-8
	0372776-4
	0607771-4
	480532-9
TJ/SP	3792614/5-00
	5280494/8-00
	482080-4/5-00
	3084054/9-00
	228659-4/4-00
	520673-4/7-00
	328053-4/8-00
	219399-4/6-00
	99407085566-0
	6572014/9-00
	541059-4/9-00
	495116-4/0-00
	4797134/8-00
	425533-4/6-00
	4108724/8-00
	549390-4/7-00
	3993874/6-00
	2703094/0-00
TJ/MG	1002405799917-9/001
	1045905020691-9/001
	1059604019580-9/002
	1059604019579-1/001
	1002409500921-3/001
	1070703068126-6/001
	1002407492688-2/001
	1070107206747-6/001
	1018305084686-8/001
	1002401038251-3/001 e 1002401038251-3/02
TJ/RJ	0006370-81.2008.8.19.0075
	45683/2007
	200700219231
	23167/2007
	0121082-93.2000.8.19.0001
	200800115135
	0000051-90.2002.8.19.0210
TJ/DF	2005011044536-6
	20050410126793
	20010110129006
TJ/RN	2009006491-5
	2009008115-5
	2008011916-9
	2008002843-5
	2008002842-8
	2007006680-3
	2007001723-3

TJ/CE	451689-79.2000.8.06.000010
	2004000305956/0
	450508-43.2000.8.06.0000/0
	451689-79.2000.8.06.0000/0
TJ/BA	6670-4/2008
TJ/PA	20003001811-7
TJ/MT	109491/2007
TJ/TO	7744

ANEXO IV - Decisões favoráveis às vítimas

1.0024.05.799917-9 (TJ/MG)

Número do Processo:	1.0024.05.799917-9/001(1)
Númeração Única:	7999179-72.2005.8.13.0024
Relator:	Des.(a) ROGÉRIO MEDEIROS
Relator do Acórdão:	Des.(a) ROGÉRIO MEDEIROS
Data do Julgamento:	03/09/2009
Data da Publicação:	22/09/2009

Inteiro Teor:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - USO CONTÍNUO DE CIGARROS - MORTE - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - RESPONSABILIDADE DA FABRICANTE DE CIGARROS - TEORIA DO RISCO PROVEITO - DANOS MORAIS - FIXAÇÃO - PRUDENTE ARBITRIO DO JULGADOR - RECURSO PROVIDO. Extrai-se da petição inicial que a presente ação de indenização é fundada em responsabilidade civil de direito comum, art. 159 do Código Civil de 1.916, não em defeito ou erro do produto no instante de sua fabricação, pelo que, não incide ao caso a regra do art. 27 do CDC. Os fabricantes de cigarro de todo o planeta sempre tiveram conhecimento de que o cigarro vicia e causa inúmeras doenças. Assim, diante do conhecimento e da consciência dos malefícios causados pelo cigarro à saúde dos fumantes, não há dúvida de que a apelada, agindo dessa forma, cria conscientemente, o risco do resultado, assumindo, portanto, a obrigação de ressarcir. Não há dúvida de que a apelada sempre foi criadora do perigo e do risco causado pelo uso do fumo. A despeito de a recorrida saber e ter consciência dos malefícios e da dependência que o uso do cigarro causa, sempre se omitiu quanto às informações ou ações no sentido de minimizar tais malefícios e prejuízos advindos para o fumante. A “teoria do risco-proveito” considera civilmente responsável todo aquele que auferir lucro ou vantagem do exercício de determinada atividade, segundo a máxima “ubi emolumentum, ibi onus” (onde está o ganho, aí reside o encargo). “Na fixação do valor do dano moral prevalecerá o prudente arbítrio do julgador, levando-se em conta as circunstâncias do caso, evitando que a condenação se traduza em indevida captação de vantagem, sob pena de se perder o parâmetro para situações de maior relevância e gravidade.” (Ap. 365.245-3/Alpinópolis, 1ª CCível/TAMG, Rel. Juiz Gouvêa Rios, 01/10/2002). APELO PROVIDO. V.v. Sendo manifestamente lícita a atividade desempenhada pela ré, consistente na produção e comercialização de cigarros, eventual responsabilização somente pode decorrer da constatação de desatendimento às regras que lhe são impostas. Não se caracteriza a responsabilidade civil da ré, se não provado o nexo entre a doença e o tabagismo, apesar da obviedade de que o cigarro causa várias doenças.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.799917-9/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): MARIA DE FATIMA ALMEIDA DIAS E OUTRO(A)(S) - APELADO(A)(S): SOUZA CRUZ S/A - RELATOR: EXMO. SR. DES. ROGÉRIO MEDEIROS.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR PREJUDICIAL DE MÉRITO, À UNANIMIDADE, E DAR PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR.

Belo Horizonte, 03 de setembro de 2009.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Produziu sustentação oral, pela apelada, o Dr. Paulo Rogério Brandão Couto.

O SR. DES. ROGÉRIO MEDEIROS:

VOTO

Registro ter ouvido atentamente à sustentação oral ora proferida.

Cuida-se de recurso de apelação interposto por MARIA DE FÁTIMA ALMEIDA DIAS E OUTRO, qualificadas nos autos, contra sentença proferida em ação de indenização por danos morais movida contra SOUZA CRUZ S.A.

Alegam as autoras na inicial, em síntese, que em 12/08/1998 faleceu o sr. Waldemiro Custódio Dias, esposo da primeira e pai da segunda e terceira autoras vítima de edema agudo pulmonar e cardiopatia hipertrófica, complicações estas causadas pelo uso do cigarro produzido pela empresa ré.

A autora, MARIA DE FÁTIMA ALMEIDA DIAS, relata que se casou em 1973 e ao longo dos anos o falecido teve sua saúde debilitada em decorrência do uso do cigarro, o qual causou também diversos outros problemas, razão pela qual requereu a condenação da ré a uma indenização por danos morais.

Foi deferida assistência judiciária às autoras às fls. 34.

Citada, a ré apresentou contestação (fls. 45/80), alegando prescrição e como teses principais de mérito a questão do livre arbítrio e ausência de ilegalidade em sua conduta.

Às fls. 630/631 foram deferidas as provas testemunhal e documental, que foram produzidas às fls. 635/682 e 724/725 respectivamente. Além disso, foi realizada AIJ com depoimento pessoal da autora MARIA DE FÁTIMA ALMEIDA DIAS e ouvidas três testemunhas.

Sobreveio a sentença de fls. 936/941, que julgou improcedente o pedido, sob o argumento de que pela prova carreada nos autos não houve comprovação que a morte do sr. Waldemiro Custódio Dias teve como causa o vício do cigarro. O mesmo julgado considerou não ser o caso de propaganda enganosa ou omissão de dado relevante capaz de induzir a vítima a erro, de modo a incentivar o fumante a comportar-se de forma prejudicial à sua saúde. As autoras foram condenadas no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 800,00 (oitocentos reais) ficando suspensa a exigibilidade pelo deferimento da assistência judiciária.

Irresignadas, as autoras apelaram (fls. 942/947), alegando que é fato notório que o tabagismo causa edema pulmonar e cardiopatia, o que levou o sr. Valdemiro à óbito.

Sustentaram que ficou fartamente comprovado nos autos que o sr. Valdemiro não teve outra causa, senão o tabagismo que pudesse levá-lo aos problemas pulmonares e cardíacos, bem como ao óbito.

Aduz que também ficou comprovado que o sr. Valdemiro era fumante compulsivo, viciado há mais de 20 anos, físico e quimicamente dependente por ter fumado neste período somente cigarros da marca da apelada.

Conclui que o histórico do falecido, depoimentos, pareceres e documentos dão conta de que a enfermidade que o levou à óbito surgiu em decorrência do tabagismo e por isso deve ser indenizada pela apelada, que colocou no mercado produto que causa risco ao consumidor.

A apelada apresentou contrarrazões (fls. 950/979), aduzindo prescrição e pugnando pela manutenção da decisão monocrática.

As apelantes litigam sob o pálio da justiça gratuita, o que justifica a ausência do preparo recursal.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

- Prejudicial de mérito: prescrição

A apelada, em contrarrazões, alega a prescrição quinquenal do artigo 27 do CDC.

Por ser matéria de ordem pública, passo a analisá-la.

Esta alegação não merece ser acolhida, vez que não há incidência, no caso em comento, da regra do artigo 27 do CDC.

Ora, extrai-se da petição inicial que a presente ação de indenização é fundada em responsabilidade civil de direito comum, art. 159 do Código Civil de 1.916, não em defeito ou erro do produto no instante de sua fabricação, pelo que, não incide ao caso a regra do art. 27 do CDC.

Neste sentido:

“EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS - USO DE CIGARROS - TABAGISMO - ÓBITO - PRESCRIÇÃO (ART. 27 DO CDC) - NÃO INCIDÊNCIA. Não sendo o defeito do produto referido na lei consumerista a causa principal da indenizatória, mas tratando-se de ação de responsabilidade civil regulada pelo Código Civil, não tem aplicação no caso a prescrição quinquenal no art. 27 do CDC.” (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0459.05.020691-9/001 - COMARCA DE OURO BRANCO - APELANTE(S): EDINA DE MOURA PEREIRA ROCHA E OUTRO(A)(S) - APELADO(A)(S): SOUZA CRUZ S/A, PHILIP MORRIS BRASIL IND COM LTDA - RELATOR: EXMO. SR. DES. OSMANDO ALMEIDA).

Logo, rejeito a prejudicial.

- Mérito

O dever de indenizar o dano sofrido por outrem, provém do ato ilícito, caracterizando-se pela violação da ordem jurídica com ofensa ao direito alheio e lesão ao respectivo titular, conforme a regra expressa do artigo 159 do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos narrados na inicial.

No caso em tela, relata a sr. Maria de Fátima Almeida viúva da vítima sr. Waldemiro Custódio Dias que quando se casou em 29/11/1973 este já fumava em média 2 maços de cigarro Hollywood por dia sendo esta marca a sua preferida, inclusive com as propagandas mais bonitas. Ocorre que ao longo dos anos teve sua saúde debilitada em razão do uso do fumo, mas não conseguia parar de fumar em razão do vício.

De acordo com a certidão de óbito de fls. 22 a vítima começou a fazer uso de cigarros quando ainda era jovem e inexperiente, eis que contava com apenas 19 (dezenove) idade, sendo certo que quando se encontrava na plenitude da vida já era um viciado.

Ora, é de sabedoria notória o quanto é difícil se livrar do vício do tabagismo, sendo certo que a vítima foi nitidamente influenciada por propagandas e pela sociedade da época sobre os prazeres do fumo, motivo pelo qual não pode agora a empresa fabricante de cigarros se furtar de sua responsabilidade.

Analisando a prova produzida nos autos, tenho que edema agudo pulmonar e cardiopatia hipertrófica que culminaram na morte do falecido esposo da autora resultaram mesmo do uso contínuo dos cigarros produzidos pela apelada.

A testemunha sr. Júlio Gama Bicalho, médico que atendeu o sr. Valdemiro, às fls. 739/740 assim declarou:

“Que o edema agudo no pulmão consiste no fato do sangue ficar represado no pulmão; que o edema agudo é conseqüência da fraqueza do coração; que a miocardiopatia e hipertensão grave é causa do edema; que o fumo é das causas da miocardiopatia e hipertensão. (...) que o sr. Valdemiro sofria de cardiopatia hipertrófica; que a miocardiopatia é uma das causas da hipertensão; Que nem todo fumante é hipertenso, mas todo hipertenso que fuma tem sua doença agravada (...)”

Do ponto de vista médico e, naturalmente, técnico, ficou demonstrada e identificada nos autos a evolução da doença, bem como o dano e o nexo de causalidade entre o hábito de fumar e as doenças de que era portador o sr. Valdemiro.

Corroborando a tese, a testemunha sr. José Raimundo Durães afirmou às fls. 724/725:

“(…) Conhecia o Sr. Valdemiro Custódio há uns vinte anos; que ele tinha o vício de fumar; que fumava compulsivamente; que ele fumava HOLLYWOOD; que até seu falecimento, somente o Sr. Valdemiro trabalhava; que seus filhos eram menores; que o Sr. Valdemiro era motorista de táxi; ...; que o depoente sempre via com Sr. Valdemiro o cigarro Hollywood; ...; que de um certo tempo para cá o Ministério da Saúde começou avisar sobre o vício, que antes da Souza Cruz incentivava todo mundo a fumar, através de propagandas luxuosas em televisão e outdoors; que pelo que o depoente sabe, o Sr. Valdemiro nunca procurou médico para parar de fumar; que ele tinha vontade de parar de fumar, mas o vício falou mais alto (…).”

Às fls. 741, a testemunha sr. João César da Silva afirmou:

“(…) que conheceu o Sr. Valdemiro em 1979 ou 1980 e que sempre o viu fumando um cigarro de marca Hollywood; que o Sr. Valdemiro era um fumante viciado; que via o Sr. Valdemiro trabalhando em táxi, salvo engano de aluguel; ...; que o Sr. Valdemiro vivia tossindo e morreu por causa do cigarro.”

O depoimento pessoal da autora também merece ser levado em conta, pelo que transcrevo parte dele:

“(…) que cinco anos antes da morte do esposo da declarante o mesmo começou a tossir muito e com pigarro muito forte ;...; que seu esposo não chegou a fazer tratamento para parar de fumar e não admitia que era doente; que sempre fumou Hollywood; que seu esposo foi ficando mais cansado, começando a inchar e ficava muito cansado com a respiração ofegante e por fim não conseguiu mais andar;...; que o médico de seu esposo advertia-o para parar de fumar; que seu esposo nunca achou que o cigarro lhe prejudicaria e nunca quis parar de fumar; que seu esposo era fumante compulsivo; ...; que seu esposo não consumia bebidas alcoólica; que seu esposo não colocava sal na comida (...).”

Conclui-se que mesmo que a doença que causou a morte do sr. Valdemiro não decorresse única e exclusivamente do uso do cigarro, é certo que este contribuiu consideravelmente pelo agravamento do seu estado de saúde naquele momento trágico e, por isso, deve a apelada ser responsabilizada.

Registre-se que não existe qualquer outro elemento de convicção nos autos a comprovar que origem da doença não decorreu do consumo de cigarros, prova esta imprescindível para a apelada se eximir de sua responsabilidade.

Não se desconhece a legalidade da fabricação do cigarro e de sua comercialização, portanto atividade lícita. Contudo, não se está aqui examinando a natureza jurídica da conduta das empresas fabricantes de cigarros, mas os danos causados por esta conduta, seja lícita ou não.

Transcrevo parte do voto proferido pelo Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, do Rio Grande do Sul, na apelação cível nº 70000144626:

“Assim, mesmo que seja lícita a atividade, não pode aquele que a exerce, abusando de seu direito, por omissão, ocultar as conseqüências do uso do produto, como a causação de dependência e de câncer, e, ao contrário, promover propaganda ligando o uso do produto a situação de sucesso, riqueza, bem estar, vida saudável, etc., situações exatamente contrárias àquelas que decorrem e que são conseqüências do uso do produto.

Evidentemente, se uma empresa fabrica e comercializa um produto que, além de viciar, ainda mata por câncer e enfisema pulmonar, desimporta se sua atividade é lícita. Ao colocar tal produto no mercado, com tamanho potencial de malefício e destruição, não há como negar que tal empresa é responsável pelo risco e pelo perigo que criou. E se não impede as conseqüências desastrosas do uso de tal produto - ainda que o uso fosse completamente voluntário, e não houvesse dependência e ardiloso apelo publicitário - sendo uma dessas conseqüências, certamente a mais trágica, a morte, não pode restar dúvida sobre a evidente responsabilidade do fabricante em arcar com a indenização correspondente”.

Reporto-me aqui à teoria do risco-proveito, segundo a qual será responsável civilmente todo aquele que aufera lucro ou vantagem do exercício de determinada atividade. Segundo Sérgio Cavalieri Filho, “onde está o ganho, aí reside o encargo - ‘ubi emolumentum, ibi onus’” (in Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros, 3ª ed., p.167).

Coligi jurisprudência:

“ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO TRANSPORTADOR. TEORIA DO RISCO-PROVEITO. REGIME JURÍDICO DE RESPONSABILIDADE NÃO TRANSITA PELA DISCUSSÃO DA CULPA. SENTENÇA MANTIDA. 1. Tratando-se de exploração econômica da atividade de transporte de passageiros, o regime de responsabilidade civil a que se sujeita o transportador é o do § único do art. 927 do CCB/02. Responsabilidade objetiva pelo risco da atividade que gera o proveito econômico. Ademais, a empresa não nega ser concessionária de serviço público. Logo, mais um fundamento para definir com objetivo o regime de imputação de responsabilidade no caso. 2. Danos materiais e morais reconhecidos e arbitrados corretamente ante as circunstâncias do caso. (...). NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70017808247, des. Luís Augusto Coelho Braga, julg. 28.05.2008).

O civilista catarinense Fernando Noronha aponta o atual declínio tanto da responsabilidade individual como da subjetiva. O que cada vez se firma mais é uma nova responsabilidade, de tendência objetiva e coletiva (in *Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Editora RT, volume 761, março de 1999, p. 40).

Os fabricantes de cigarro sempre tiveram conhecimento de que o cigarro vicia e causa inúmeras doenças. Assim, diante do conhecimento e da consciência dos malefícios causados pelo cigarro à saúde dos fumantes, não há dúvida de que a apelada, agindo dessa forma, cria conscientemente, o risco do resultado, assumindo, portanto, a obrigação de ressarcir.

A controvérsia não pode ser examinada somente pela ótica da atividade industrial do fumo, efetivamente lícita, mas também pela opção da livre iniciativa do consumidor, pois sempre houve e continua sendo executada a estratégia da propaganda apelativa, associando ao produto uma imagem de sucesso, beleza, riqueza, saúde, sustentando-se de forma enganosa uma situação fática absolutamente falsa.

Outrossim, falando em consumo, observa-se dos autos que a constatação da doença e respectiva cirurgia, ocorreu em plena vigência do Código de Defesa do Consumidor, que vigorou a partir de 12 de março de 1991. Assim, por se tratar a citada Lei de norma de ordem pública e interesse social, não importa se a vítima começou a fumar antes de sua vigência, sendo relevante apenas as conseqüências do uso do cigarro, que, por sua vez, foram constatadas após a vigência da citada legislação, estando submetida a solução da controvérsia também ao referido diploma legal.

E, constatada a lesividade do cigarro, como produto altamente perigoso e que apresenta riscos para toda a coletividade, defeituoso, por não oferecer a segurança que dele se espera, o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro e o importador, respondem independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores, em correta aplicação à responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) estabelece:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

“§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido (...)”.

O preceito transcrito - verifica-se - estabelece a responsabilidade civil objetiva, decorrente de teoria segundo a qual, “desde que exista um dano, deve ser ressarcido, independentemente da idéia de culpa” (apud Washington de Barros Monteiro, in *Curso de Direito Civil*, Saraiva, vol.5, 18ª ed., p. 397).

Na lição de Caio Mário da Silva Pereira (in *Responsabilidade Civil*, Forense, 2ª ed., p.p. 287/288):

“Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável. Com a teoria do risco (...), o juiz não tem de examinar o caráter lícito ou ilícito do ato imputado ao pretense responsável: as questões de responsabilidade transformam-se em simples problemas objetivos que se reduzem à pesquisa de uma relação de causalidade (...).

“A meu ver, o conceito de risco que melhor se adapta às condições de vida social é o que se fixa no fato de que se alguém

põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a teoria do risco criado”.

Portanto, diante de tais circunstâncias, a responsabilidade é objetiva e o fabricante somente se exime, caso prove efetivamente que não colocou o produto no mercado, ou que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste ou, que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro o que não ocorreu no caso.

Quanto ao valor a ser fixado, registro que quantificá-lo exige do magistrado a observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

À falta de indicação do legislador, dos elementos informativos a serem observados nesse arbitramento, serão aqueles enunciados a respeito da indenização do dano moral no caso de morte de pessoa da família, de abalo da credibilidade e da ofensa à honra da pessoa, bem como do dote a ser constituído em favor da mulher agravada em sua honra, e que se aproveitam para os demais casos.” (CAHALI, Yussef Said, Dano Moral. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.701 e 705.1998).

Neste sentido:

“EMENTA: APELAÇÃO - PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA - FORMULAÇÃO DESDE A INICIAL - DEFERIMENTO - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - PEDIDO DE MAJORAÇÃO - CRITÉRIOS - INADMISSIBILIDADE - ACRÉSCIMO DE JUROS MORATÓRIOS SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO - VOTO VENCIDO. Apesar de o dano moral ser de difícil apuração, dada a sua subjetividade, deve o julgador atentar, quando da fixação, para a sua extensão, para o comportamento da vítima, para o grau de culpabilidade da ofensora e para a condição econômica de ambas as partes, de modo que a ofensora se veja punida pelo que fez e compelida a não repetir o ato e a vítima se veja compensada pelo prejuízo experimentado, sem, contudo, ultrapassar a medida desta compensação, sob pena de provocar o enriquecimento sem causa da requerente, e, eventualmente, fomentar a indústria do dano moral.” (Ap. 380.104-3/Belo Horizonte, 3ª CCível/TAMG, Rel. Juiz Mauro Soares de Freitas, 26/02/2003).

Também no mesmo sentido:

“Na fixação do valor do dano moral prevalecerá o prudente arbítrio do julgador, levando-se em conta as circunstâncias do caso, evitando que a condenação se traduza em indevida captação de vantagem, sob pena de se perder o parâmetro para situações de maior relevância e gravidade.” (Ap. 365.245-3/Alpinópolis, 1ª CCível/TAMG, Rel. Juiz Gouvêa Rios, 01/10/2002).

O ‘quantum’ indenizatório por dano moral não deve ser causa de enriquecimento ilícito nem ser tão diminuto em seu valor que perca o sentido de punição.

Examinando-se o presente caso, impõe-se considerar a gravidade doença que foi acometido o sr. Valdemiro em razão da utilização prolongada de cigarros, que acabou por vitimá-lo e a situação financeira da apelada, empresa de grande porte, para fins de fixação da indenização.

Assim, considerando às circunstâncias do caso, as condições das partes, a gravidade do ocorrido, o sofrimento causado à família da vítima, fixo em R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) a indenização por danos morais devida pela ré às autoras, que deverá ser paga na proporção de R\$ 40.000,00 (quarenta mil) para cada uma das autoras.

Ante o exposto, REJEITO A PREJUDICIAL DE MÉRITO DE PRESCRIÇÃO e DOU PROVIMENTO ao recurso, para julgar procedente o pedido e condenar a apelada no pagamento de danos morais às autoras a quantia de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) a serem rateadas na proporção de R\$ 40.000,00 (quarenta mil) para cada uma, com correção monetária pelos índices oficiais da Corregedoria Geral de Justiça a partir a publicação do acórdão e juros de mora de 1% a contar da citação. A apelada arcará com custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

O SR. DES. VALDEZ LEITE MACHADO:

VOTO

Anoto também ter ouvido com atenção as palavras proferidas pelo ilustrado Dr. Procurador.

Pedindo vênua ao ilustre Desembargador Relator, ousou divergir do entendimento por ele exposto, pois entendo que não ficou comprovada nos autos a responsabilidade da empresa requerida pela doença contraída pelo falecido, que o levou ao óbito.

Ora, ressalta-se que a atividade da ré, de produção e comercialização de cigarros no País é lícita, sofrendo rigoroso controle das autoridades estatais, através do Ministério da Saúde, Vigilância Sanitária e outros órgãos ligados à saúde.

Por conseguinte, sendo lícita a atividade desempenhada pela demandada, eventual responsabilização somente poderia decorrer da constatação de desatendimento às regras que lhe são impostas, o que na hipótese não ocorreu.

Deve ser destacado, que antes de 1988 no Brasil não havia nenhuma imposição no sentido de que a requerida informasse os males advindos do uso do cigarro, pelo que não se configura qualquer omissão, na medida em que esta pressupõe o dever legal de agir. Ademais, se quando o falecido começou a fumar não existiam propagandas contra o fumo, após 1988 estas começaram e, diga-se, em grande intensidade. Entretanto, mesmo sabedor desde então dos males causados pelo cigarro, não parou de fumar.

Afora isso, não se pode afirmar com absoluta certeza que o falecido, durante o período em que fumou cigarros, somente utilizou produtos da marca Souza Cruz, e destaca-se que, segundo referido na inicial, Waldemiro Custódio Dias fumava há mais de trinta anos.

Do depoimento pessoal da primeira autora, Maria de Fátima Almeida, também se extrai que o falecido fumou por um longo período:

“(…) que soube que seu esposo começou a fumar com 11 anos de idade; que na casa da família do seu esposo todos fumavam; que não sabe informar qual a marca de cigarro que seu esposo fumava quando teve a iniciação (…)” (f. 737).

E da prova testemunhal:

“Que conhecia o Sr. Waldemiro Custódio há uma vinte anos; que ele tinha o vício de fumar; que ele fumava compulsivamente (…)” (f. 724).

Assim, pela intensidade do uso de cigarros pelo falecido, pouco crível que tenha fumado durante todo o tempo, exclusivamente cigarros fabricados pela ré, o que afastaria a responsabilidade da ré com base no Código de Defesa do Consumidor, vez que a relação de consumo entre a ré e o de cujus não seria exclusiva.

De outro lado, admitindo-se a responsabilidade objetiva, ainda assim deveria ficar devidamente comprovado o nexo de causalidade, segundo requisito da responsabilidade civil.

Contudo, não se vislumbra a plausibilidade de que o falecido foi levado a fazer uso de cigarros em razão exclusiva da propaganda feita sobre o produto, sendo que os males do cigarro sempre foram notórios. Inclusive, consta dos autos que falecido foi advertido por sua família e por seus amigos dos males causados pelo cigarro.

Ainda em relação ao nexo causal, também se nota que não há comprovação de que o falecimento descrito na inicial se deu em decorrência do cigarro. Neste sentido, importante destacar trecho do depoimento da testemunha Júlio Gama Bicalho, médico do falecido:

“(…) que o Sr. Waldomiro tinha um caso de hipertensão grave; que as causas da hipertensão são várias e podem ser por causa genética, tabagismo, etilismo, sedentarismo, dieta errada e tratamento inadequado; que o edema agudo no pulmão de pulmão foi a causa da morte do Sr. Waldemiro, conforme relatório da medicina legal, que não se recorda que o Sr. Waldemiro era fumante e isso não consta no relatório (…)” (f. 739)

Logo, diante da existência de outros fatores determinantes para o aparecimento da doença que levou a óbito o Sr. Waldomiro, não há como se concluir que o fumo de cigarros da empresa requerida tenha sido a causa.

Ademais, necessário que reste demonstrada a existência de defeito no produto ou a insuficiência ou inadequação das informações prestadas pelo fornecedor para que haja o dever de indenizar, não sendo tal prova produzida nos autos.

O produto é defeituoso, segundo a definição legal inscrita no §1º do artigo 12 do CDC, quando (...) não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e

os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação.

Como se vê, devem ser considerados critérios objetivos para se avaliar as circunstâncias do caso concreto, tais como a apresentação do produto, o uso e riscos que razoavelmente dele se esperam e a época que foi co-locado em circulação.

Conforme já exposto no início da fundamentação, já de muito se tem ampla e plena ciência de que o cigarro é fator de risco para a incidência de diversas doenças. Concretamente, no Brasil, desde 1988, com o advento da Portaria MS n. 490 existe a obrigatoriedade da prestação de informações inerentes aos riscos decorrentes do fumo, inexistindo prova ou sequer notícia nos autos de que a ré a tenha descumprido.

Vigente o Código de Defesa do Consumidor, a partir de 1990 e cumprindo a ré a legislação específica quanto à apresentação de seus produtos desde data anterior, sem prova de violação das normas próprias, a conclusão lógica é que este aspecto em particular não dá qualquer fundamento à pretensão das autoras.

Não é diferente no que diz respeito ao “uso e riscos que razoavelmente dele se esperam”, posto que já definido que os malefícios do fumo são de conhecimento notório há longa data, ensejando que seja razoavelmente esperado que o consumo de cigarros traga a possibilidade do aumento dos riscos de incidência de diversas doenças ao consumidor.

A própria previsão do inciso III do § 1º do artigo 12 determina que se considere a época que o produto foi colocado em circulação para se avaliar a periculosidade do mesmo.

Nesse particular, como a lei civil não retroage, somente a partir de 1990 é que restou consagrado o dever da demandada em informar ex-pressa e destacadamente aos consumidores o risco à saúde que o consumo de cigarros representa, o que, segundo a prova dos autos, tem atendido a contento.

Portanto, como não restou demonstrada a existência de defeito no produto ou deficiência ou inadequação das informações prestadas pelo fornecedor ao consumidor, assim como também não se encontra presente qualquer conduta ilícita praticada pela da ré ou nexos de causalidade entre o óbito de Waldemiro Custódio Dias e o uso de cigarros da empresa ré, não há que se falar em dever de indenizar.

A propósito:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. TABAGISMO. MORTE DO FUMANTE. CÂNCER. INDUSTRIALIZAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE CIGARROS. LICITUDE DA ATIVIDADE. CONTROLE ESTATAL DA PRODUÇÃO E DA COMERCIALIZAÇÃO. DROGA LÍCITA. Não constituindo uma prática ilegal a produção e comercialização de cigarros, e sendo atividade permanente-mente controlada pelo Estado, não só na industrialização como na comercialização do fumo, inobstante os sabidos malefícios à saúde que o fumo traduz, que já eram de conhecimento do público consumidor desde os primórdios da atividade, não se colore de ilegal a prática, descabendo responsabilizar-se a indústria por doenças eventualmente desenvolvidas pelo hábito de fumar (tabagismo). Hipótese em co-mento em que eventual responsabilidade da fabricante se afere sob a ótica da Teoria da Responsabilidade Subjetiva. LIVRE ARBÍTRIO E POSSIBILIDADE DE PARAR COM O USO DO CIGARRO. A atividade de fumar é daquelas que tem início e continuidade mediante livre arbítrio do cidadão, não se podendo reconhecer que a atividade de fumar tenha início e se dê tão somente por força de propaganda veiculada pela indústria fabricante de cigarros. Também é certo afirmar que eventual vício contraído pelo usuário do fumo não é permanente e irreversível, já que a cessação da atividade de fumar é um fato notório e que depende única e exclusivamente do consumidor. [...] APELO IMPROVIDO, PREJUDICADO O AGRAVO RETIDO”. (TJRS, AC n. 70011866910, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann, J. 29-09-2005).

Diante do exposto, rejeito a prejudicial de mérito relativa à prescrição e nego provimento ao recurso, mantendo a bem lançada sentença de primeiro grau.

Custas recursais pelas apelantes, ressalvando-se o disposto no art. 12 da Lei n. 1.060/50.

A SRª. DESª. EVANGELINA CASTILHO DUARTE:

VOTO

Anoto também ter ouvido com atenção à sustentação oral proferida da tribuna e acompanhamento integralmente o voto proferido pelo

eminente relator, acrescentando apenas que não se discute sobre propaganda enganosa, mas sobre propaganda atrativa.

E deve ser registrado que o indivíduo que inicia o consumo de produto nocivo com 11 anos de idade, não tem discernimento sobre o risco que assume para a sua saúde.

Com estes registros, também dou provimento ao recurso.

SÚMULA: REJEITARAM PREJUDICIAL DE MÉRITO, À UNANIMIDADE, E DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 1.0024.05.799917-9/001

1.0596.04.019580-9 (TJ/MG)

Número do Processo:	1.0596.04.019580-9/002(1)
Númeração Única:	0195809-10.2004.8.13.0596
Relator:	Des.(a) ELECTRA BENEVIDES
Relator do Acórdão:	Des.(a) ELECTRA BENEVIDES
Data do Julgamento:	28/05/2009
Data da Publicação:	25/06/2009

Inteiro Teor:

EMENTA: INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - DOENÇAS ADQUIRIDAS EM DECORRÊNCIA DE TABAGISMO - PRAZO PRESCRICIONAL - ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. Não sendo o pleito indenizatório baseado nos danos

advindos de defeitos ou erros nos produtos por ela produzidos, inaplicável o prazo prescricional previsto no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor.

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 1.0596.04.019580-9/002 - COMARCA DE SANTA RITA DO SAPUCAÍ - EMBARGANTE(S): CELSO ADAMI MEDEIROS - EMBARGADO(A)(S): SOUZA CRUZ S/A - RELATORA: EXMª. SRª. DESª. ELECTRA BENEVIDES

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a 15ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR A PRELIMINAR. ACOLHER OS EMBARGOS, VENCIDOS O PRIMEIRO E TERCEIRO VOGAIS. A COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DO MÉRITO DO RECURSO DE APELAÇÃO SERÁ DA TURMA JULGADORA QUE O JULGOU, VENCIDO O TERCEIRO VOGAL.

Belo Horizonte, 28 de maio de 2009.

DESª. ELECTRA BENEVIDES - Relatora

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Produziu sustentação oral, pelo embargante, o Dr. Luiz Roberto Capistrano e, pela embargada, a Drª. Eliane Leve.

A SRª. DESª. ELECTRA BENEVIDES (CONVOCADA):

VOTO

Trata-se de embargos infringentes opostos por CELSO ADAMI MEDEIROS contra acórdão de fls. 2218/2237 que acolheu a

prejudicial de prescrição e julgou extinto o processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV do Código de Processo Civil.

Recorre o embargante pugnando para que o voto vencido do eminente Desembargador Mota e Silva seja confirmado por esta Câmara, onde defende a não aplicabilidade do prazo prescricional previsto no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, mas o inserto no art. 177 do Código Civil de 1916.

Contrarrrazões às fls. 2263/2294, suscitando a preliminar de não conhecimento do recurso, ante a ausência de pedido de nova decisão, buscando, quanto ao mérito, a manutenção do acórdão ora embargado.

Este o relatório. Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

PRELIMINAR - NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO

Suscitou o embargado, em sede de contra-razões, a preliminar de não conhecimento do recurso, ante a ausência de pedido de nova decisão por parte do embargante.

Contudo, referida preliminar não merece prosperar.

Insta salientar, inicialmente, que os embargos infringentes tem natureza jurídica de recurso, nos termos do art. 496, III do CPC e, como tal, sujeita-se aos requisitos de admissibilidade e à teoria geral dos recursos.

Contudo, da leitura da petição recursal é possível deduzir o ponto controvertido do acórdão embargado, bem como os fatos e fundamentos jurídicos que embasam o pedido de reforma.

Pelo exposto, rejeito a preliminar.

O SR. DES. TIBÚRCIO MARQUES:

VOTO

Rejeito a preliminar.

O SR. DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTEZ:

VOTO

Rejeito a preliminar.

O SR. DES. MOTA E SILVA (CONVOCADO):

VOTO

Rejeito a preliminar.

O SR. DES. BITENCOURT MARCONDES (CONVOCADO):

VOTO

Rejeito a preliminar.

A SR^a. DES^a. ELECTRA BENEVIDES (CONVOCADA):

VOTO

MÉRITO

Extrai-se dos autos que o ora embargante ajuizou em face de SOUZA CRUZ S/A uma ação ordinária onde buscava indenização por danos materiais e morais, apresentando como causa de pedir o fato de fumar desde os doze anos de idade cigarros fabricados pela ré e que, em razão do consumo por tempo prolongado destes produtos, adquiriu câncer no nariz, enfisema pulmonar (DPOC) e derrame cerebral.

O MM. Juiz a quo julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, a fim de condenar a embargada ao pagamento da quantia de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a título de indenização por danos morais.

Irresignada, a empresa ré aviou recurso de apelação, buscando a reforma da sentença prolatada em instância primeira, suscitando, dentre outros argumentos, a prescrição da pretensão autoral, sustentando para tal, a incidência do prazo prescricional contido no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor.

Referida prejudicial de mérito foi acolhida em voto não unânime, razão pela qual o processo foi extinto com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV do CPC.

Cinge-se a controvérsia unicamente no prazo prescricional a ser aplicado no caso em questão: o quinquenal previsto no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, ou a regra geral do art. 177 do Código Civil de 1916.

Analisando os autos com a devida acuidade, e pedindo máxima venia aos eminentes Desembargadores Bitencourt Marcondes e José Affonso da Costa Côrtes, ousou discordar do entendimento esposado pelo voto majoritário e adiro ao voto do Vogal, o ilustre Des. Mota e Silva, mas pelas razões que passo a expor.

Dispõe o art. 27 do CDC que:

“Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.”

Da leitura do dispositivo legal supramencionado constata-se que o artigo prevê a prescrição da pretensão do consumidor de exigir reparação pelos danos causados por fato do produto ou serviço.

Nas lições de Rui Stoco:

“O Código de Defesa do Consumidor cuidou na Seção II, Capítulo IV ‘da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço’, consagrando a responsabilidade objetiva (arts. 12 e 14), ou seja, responsabilizando o fabricante, o produtor, o construtor e o importador pela reparação de danos causados ao consumidor por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem (grifo nosso), fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos bem como informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos, independentemente da existência da culpa.”

(In Responsabilidade Civil, 3ª ed., ed. Revista dos Tribunais, p. 162).

Contudo, entendo que o prazo quinquenal previsto no art. 27 no CDC não se aplica no caso em comento, tendo em vista que não se discute na presente ação a responsabilidade da embargada pelos danos advindos de defeitos ou erros nos produtos por ela produzidos, sendo certo que o pleito indenizatório se embasa na suposta conduta culposa da ré acerca da veiculação de propaganda enganosa, bem como a omissão dos malefícios do consumo de cigarro.

Nesse sentido é a jurisprudência deste Tribunal:

“AÇÃO ORDINÁRIA - REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - PRESCRIÇÃO DO ART. 27 DO CDC - NÃO INCIDÊNCIA - REJEIÇÃO - EMPRESA FUMAGEIRA - TABAGISMO - PROPAGANDA ENGANOSA - DOENÇA PULMONAR - ACEITAÇÃO DO RISCO PELO FUMANTE - NEXO DE CAUSALIDADE NÃO COMPROVADO - PEDIDOS IMPROCEDENTES - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - Não sendo a ação de indenização baseada em defeito ou erro do produto no instante de sua fabricação, mas sim, escudada no artigo 186, do Código Civil, não há que se falar em prescrição quinquenal, nos termos do art. 27, do Código de Defesa do Consumidor. Para surgir o dever de indenizar o dano alheio (responsabilidade civil)

é mister que concorram três elementos: o dano suportado pela vítima, a conduta culposa do agente e o nexo causal entre os dois primeiros. Impossível se apresenta a pretensão do autor tendente a condenar a empresa fabricante de cigarros em danos materiais e morais, sob a imputação de ato ilícito, quando não comprovado o nexo causal entre a doença diagnosticada e o tabagismo.”

(Apelação Cível nº. 1.0596.04.019579-1/001, Rel. Des. Unias Silva, DJ: 16/09/2008).

“RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS - USO DE CIGARROS - TABAGISMO - ÓBITO - PRESCRIÇÃO (ART. 27 DO CDC) - NÃO INCIDÊNCIA. Não sendo o defeito do produto referido na lei consumerista a causa principal da indenizatória, mas tratando-se de ação de responsabilidade civil regulada pelo Código Civil, não tem aplicação no caso a prescrição quinquenal no art. 27 do CDC.”

(Apelação Cível nº. 1.0459.05.020691-9/001, Rel. Des. Osmando Almeida, DJ: 06/02/2007).

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANO CAUSADO PELO USO DE CIGARROS - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - CDC - AUSÊNCIA DE DEFEITO OU ERRO NA FABRICAÇÃO DO PRODUTO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - REQUISITOS - ATO ILÍCITO E NEXO DE CAUSALIDADE NÃO DEMONSTRADOS - PUBLICIDADE - REGULAMENTAÇÃO - EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO. Não sendo a ação de indenização baseada em defeito ou erro na fabricação do produto, mas respaldada pelo artigo 159, do Código Civil de 1916, não há que se falar em prescrição quinquenal, na forma estabelecida pelo art. 27, do Código de Defesa do Consumidor. Para que seja possível a inversão do ônus da prova, consoante disposição contida no artigo 6º, inciso VIII do CDC, como direito básico do consumidor, é necessário que, a critério do juiz, seja verossímil a alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência, sendo, portanto, de natureza relativa e não compulsória, servindo para colocar em equilíbrio a posição das partes no conflito. A fabricação e comercialização de cigarros são atos lícitos, praticados em exercício regular do direito, na forma do inciso I, do art. 160, do Código Civil de 1916, sendo os malefícios decorrentes do fumo inerente à natureza do produto e de sabença geral.”

(Apelação Cível nº. 2.0000.00.438606-1/000, Rel^a. Des^a. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, DJ: 27/04/2005).

“RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MATERIAL E MORAL - USO DE CIGARROS - PRESCRIÇÃO (ART. 27 DO CDC) - NÃO INCIDÊNCIA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - REQUISITOS. Não sendo o defeito do produto referido na lei consumerista a causa principal da indenizatória, mas tratando-se de ação de responsabilidade civil regulada pelo Código Civil de 1916, não tem aplicação no caso a prescrição quinquenal no art. 27 do CDC. Como é cediço, a inversão do ônus da prova, de que trata o artigo 6º, VIII, do CDC, não ocorre automaticamente; necessário se torna que o magistrado se convença da verossimilhança das alegações aduzidas, e da hipossuficiência da parte. Inviável se mostra pretensão tendente a condenar a empresa fabricante de cigarros em danos materiais e morais, sob a imputação de ato ilícito, por haver por parte da ré apenas o exercício regular do direito reconhecido, seja na produção e comercialização do cigarro, seja na publicidade de suas marcas, à luz do art. 160, I, do Código Civil. Não se caracteriza a responsabilidade civil da ré, se não provado o nexo entre a doença e o tabagismo, apesar do truísmo de que o cigarro causa câncer.”

(Apelação Cível nº. 2.0000.00.420246-0/000, Rel. Des. VALDEZ LEITE MACHADO, DJ: 15/04/2004).

Assim, aplicável no caso em questão o prazo prescricional previsto no Código Civil.

Com efeito, na vigência do Código Civil de 1916, o prazo prescricional aplicável à espécie era de 20 (vinte) anos (art. 177). Entretanto, com o advento do Código Civil de 2002, que entrou em vigor em 10/01/2003, referido prazo prescricional foi reduzido para 10 anos, consoante disposto no art. 205 deste Codex.

Considerando que a presente ação foi ajuizada quando já vigente o novo Código, necessário se faz atentar para a regra de transição do art. 2028 do mesmo diploma, para se saber qual prazo será utilizado no caso sub judice: se o da lei nova ou o do Código de 1916.

Neste ponto, ressalta-se que no caso em apreço, em que o prazo prescricional foi reduzido pelo novo Código Civil, e tendo transcorrido menos da metade do prazo antes estabelecido, deve-se considerar como termo a quo para a contagem da prescrição, a data da entrada em vigor do novo diploma, 10/01/2003, desprezando-se o tempo transcorrido anteriormente a sua vigência.

Dessa forma, partindo-se da premissa de que a pretensão surgiu em 11/05/1999 - data do laudo médico atestando a incapacidade laboral do autor para o exercício de sua função pública em decorrência das doenças que adquiriu e, considerando que entre esta data e a data de entrada em vigor do novo Código Civil não havia decorrido mais da metade do prazo prescricional, mais precisamente

3 anos e 8 meses - tem-se que o prazo prescricional a incidir na espécie dos autos é o previsto na lei nova, ou seja, o de 10 anos.

Conclui-se, portanto, que não há que se falar em prescrição, porquanto a ação foi ajuizada em 2004 e o prazo somente se consumará em 2013.

Diante do exposto e de tudo mais que dos autos constam, REJEITO A PRELIMINAR E ACOLHO OS EMBARGOS, a fim de resgatar o voto minoritário de lavra do eminente Des. Mota e Silva, e afastar o prazo prescricional previsto no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor.

Custas pelo embargado.

O SR. DES. TIBÚRCIO MARQUES:

VOTO

De acordo.

O SR. DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTEZ:

VOTO

Mantendo coerência com o voto proferido por ocasião do acórdão embargado, NÃO ESTOU ACOLHENDO OS EMBARGOS INFRINGENTES.

O SR. DES. MOTA E SILVA (CONVOCADO):

VOTO

ACOLHO OS EMBARGOS, nos termos do voto proferido quando do julgamento da apelação.

O SR. DES. BITENCOURT MARCONDES (CONVOCADO):

VOTO

Mantendo coerência com o voto por mim proferido no recurso de apelação, ESTOU REJEITANDO OS EMBARGOS.

Sr. Presidente, suscito uma questão de ordem.

Na minha interpretação, uma vez que os embargos infringentes foram julgados procedentes, afastando a prescrição, deveria se julgar o mérito do recurso de apelação da empresa nos embargos infringentes.

O SR. DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTEZ:

Em votação a questão de ordem levantada pelo eminente Des. Bitencourt Marcondes: competência para o julgamento da apelação.

A SR^a. DES^a. ELECTRA BENEVIDES (CONVOCADA):

VOTO

A nossa competência se esgotou no julgamento dos embargos infringentes. Entendo que a competência é da Turma Julgadora.

O SR. DES. TIBÚRCIO MARQUES:

VOTO

Tenho o mesmo entendimento da eminente Relatora.

O SR. DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTEZ:

VOTO

Ao meu entendimento seria a mesma Turma Julgadora que julgou o recurso de apelação.

O SR. DES. MOTA E SILVA (CONVOCADO):

VOTO

De acordo com a eminente Relatora.

SÚMULA : REJEITARAM A PRELIMINAR. ACOLHERAM OS EMBARGOS, VENCIDOS O PRIMEIRO E TERCEIRO VOGAIS. A COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DO MÉRITO DO RECURSO DE APELAÇÃO SERÁ DA TURMA JULGADORA QUE O JULGOU, VENCIDO O TERCEIRO VOGAL.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 1.0596.04.019580-9/002

70024030868 2008 (TJ/RS)

Número do Processo:	JLLC Nº 70024030868 2008/CÍVEL
Relator:	Jorge Luiz Lopes do Canto
Relator do Acórdão:	Jorge Luiz Lopes do Canto
Data do Julgamento:	12/11/2008

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E LUCROS CESSANTES. CONSUMO DE CIGARRO. ENFISEMA PULMONAR. PHILIP MORRIS. ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL AFASTADA. INAPLICABILIDADE DO PRAZO PREVISTO NO CDC. PRAZO VINTENÁRIO.

Ilegitimidade passiva da ré Philip Morris

1. No caso em concreto, no que diz respeito à legitimidade da ré Philip Morris, merece ser mantida a decisão de primeiro grau, tendo em vista que esta empresa é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente demanda, pois admitido pelo próprio demandante que o consumo se restringia as marcas Minister e Hollywood, fabricadas pela co-ré Souza Cruz. Portanto, não há qualquer liame de direito material que autorize a pretensão deduzida pela parte postulante em face daquela demandada.

Do exame da Prescrição do direito de ação

2. O autor ingressou com a presente ação postulando indenização por danos morais e materiais, alegando, em síntese, que os graves problemas de saúde que está passando foram provocados pelo consumo dos cigarros fabricados pela parte demandada.

3. Cumpre destacar que desde a exordial o demandante fundamenta seus pedidos no disposto no art. 159 do Código Civil de 1916, reproduzido no art. 186 do novel Código Civil, o qual trata da responsabilidade civil pelo cometimento de ato ilícito, fundamentada na culpa aquiliana. Neste caso, o prazo prescricional aplicável é aquele previsto no art. 177 da legislação revogada.

4. Tem-se como termo inicial para a fluência do prazo prescricional o ano de 1988, quando constatado o enfisema pulmonar no autor. Assim, de acordo com a norma de transição, transcorrida mais da metade do prazo prescricional quando da entrada em vigor do Novo Código Civil, o prazo aplicável é o previsto na legislação revogada. Inteligência do art. 2.028 do NCC.

5. Dessa forma, ajuizada a presente ação em 10 de fevereiro de 2004, ainda não havia se implementado a prescrição vintenária para o exercício do direito de ação.

6. Inaplicável, portanto, o disposto no art. 27 do CDC, tendo em vista que o autor não embasa seu pedido indenizatório na responsabilidade do fornecedor por acidente de consumo.

Dado parcial provimento ao apelo.

APELAÇÃO CÍVEL
Nº. 70024030868
RUI DE FREITAS VIEIRA
SOUZA CRUZ S/A
PHILIP MORRIS BRASIL INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA

QUINTA CÂMARA CÍVEL
COMARCA DE ROSÁRIO DO SUL
APELANTE
APELADO
APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar parcial provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. LEO LIMA (PRESIDENTE) E DES. ROMEU MARQUES RIBEIRO FILHO.**

Porto Alegre, 12 de novembro de 2008.

DES. JORGE LUIZ LOPES DO CANTO,
Relator

I – RELATÓRIO

DES. JORGE LUIZ LOPES DO CANTO (RELATOR)

RUI DE FREITAS VIEIRA interpôs recurso de apelação contra a decisão proferida nos autos da ação de indenização por danos morais, materiais e lucros cessante ajuizada em face de **PHILIP MORRIS BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA e SOUZA CRUZ S/A.**

A decisão atacada (fls. 2004/2012) reconheceu a ilegitimidade passiva da ré Philip Morris, julgando extinto o feito em relação a esta parte, com base no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil; e reconheceu e declarou a prescrição em relação à ré Souza Cruz, resolvendo o mérito, a teor do que estabelece o artigo 269, inciso IV, do diploma legal precitado.

Em suas razões recursais às fls. 2018/2029 do feito, o autor alegou que iniciou a fumar desde muito jovem e seguiu incentivado para o prosseguimento de tal hábito, o que lhe causou a doença pulmonar, independentemente da marca de cigarro e de qual empresa a produz. Sustentou que não merece prosperar a arguição de ilegitimidade passiva da ré Philip Morris.

Asseverou que o prazo prescricional aplicável ao caso em discussão é o vintenário, previsto no Código Civil de 1916, uma vez que pretende ser indenizado pelos danos físicos sofridos em decorrência da negligência, imperícia ou imprudência das demandadas. Acrescentou ser descabido o reconhecimento da prescrição quinquenal, prevista no Código de Defesa do Consumidor, porquanto a presente ação não tem relação com qualquer produto ou serviço defeituoso.

Afirmou o autor que não reclama da qualidade dos cigarros de fumava, e sim dos efeitos nocivos causados por estes a sua saúde, ou seja, das características inerentes ao produto.

Requeru seja dado provimento ao presente recurso, desconstituindo a decisão atacada, a fim de ser possibilitada a dilação probatória.

Oferecidas contra-razões às fls. 1236/1286 e 1462/1471 dos autos, pela Souza Cruz e pela Philip Morris, respectivamente.

Registro que foi observado o disposto nos arts. 549, 551 e 552 do CPC, tendo em vista a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

II – VOTOS

DES. JORGE LUIZ LOPES DO CANTO (RELATOR)

Admissibilidade e objeto do recurso

Eminentes colegas, o recurso intentado objetiva a reforma da sentença de primeiro grau versando sobre ação de indenização por danos morais, materiais e lucros cessantes em razão dos prejuízos observados na saúde do demandante em virtude do consumo contínuo de cigarros.

Os pressupostos processuais foram atendidos, utilizado o recurso cabível, há interesse e legitimidade da parte em recorrer, é tempestivo e está dispensado do preparado em função da assistência judiciária concedida (fl. 30), inexistindo fato impeditivo do direito recursal, noticiado nos autos.

Assim, verificados os pressupostos legais, conheço do recurso intentado para a análise das questões de fundo suscitadas.

Da ilegitimidade passiva *ad causam* da ré Philip Morris

No caso em concreto, no que diz respeito à legitimidade da ré Philip Morris, merece ser mantida a decisão de primeiro grau, tendo em vista que esta é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente demanda, pois admitido pelo próprio demandante que o consumo se restringia às marcas *Minister* e *Hollywood*, fabricadas pela co-ré Souza Cruz. Logo, não há qualquer liame de direito material que autorize a pretensão deduzida pela parte postulante em face daquela demandada.

Portanto, no presente feito, como a Philip Morris nunca produziu as marcas de cigarro consumidas pelo autor, de sorte que não há razão jurídica para integrar a lide no pólo passivo, não podendo responder pelos prejuízos causados à saúde deste em decorrência do consumo de produto de sua concorrente.

A respeito da ilegitimidade passiva, é oportuno trazer à baila a lição dos insígnis juristas WAMBIER, ALMEIDA e TALAMINI¹, a qual se transcreve a seguir:

Autor e réu devem ser parte legítimas. Isso quer dizer que, quanto ao primeiro, deve haver ligação entre ele e o objeto do direito afirmado em juízo. O autor, para que detenha legitimidade, em princípio deve ser o titular da situação jurídica afirmada em juízo (art. 6º do CPC). Quanto ao réu, é preciso que exista relação de sujeição diante da pretensão do autor.

Para que se compreenda a legitimidade das partes, é preciso estabelecer-se um vínculo entre o autor da ação, a pretensão trazida a juízo e o réu. Terá de ser examinada a situação conflituosa apresentada pelo autor. Em princípio, estará cumprido o requisito da legitimidade das partes, na medida em que aqueles que figuram nos pólos opostos do conflito apresentado pelo autor correspondam aos que figuram no processo na posição de autor (es) e réus (s). Note-se que, para aferição da legitimidade, não importa saber se procede ou não a pretensão do autor; não importa saber se é verdadeira ou não a descrição do conflito por ele apresentada. Isso constituirá o próprio julgamento de mérito. A aferição da legitimidade processual antecede logicamente o julgamento do mérito.

Assim, como regra geral, é parte legítima para exercer o direito de ação aquele se afirma titular de determinado direito que precisa da tutela jurisdicional, **ao passo que será parte legítima, para figurar no pólo passivo, aquele a quem caiba a observância do dever correlato àquele hipotético direito.** (grifei)

Dessa forma, com base nos ensinamentos trazidos à colação anteriormente, bem como pelas razões expostas anteriormente, denota-se que a Philip Morris é parte ilegítima para compor o pólo passivo da presente demanda, pois inexistindo relação jurídica de direito material entre as partes, seja de ordem contratual ou extracontratual, igualmente não há direito de ação a ser exercido.

¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo, Curso Avançado de Processo Civil, vol. 1, 9ª ed., São Paulo: RT, p.138/139.

Aliás, nesse sentido são os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior¹:

Por fim, a terceira condição da ação, a *legitimidade (legitimitatio ad causam)*, é a titularidade ativa e passiva da ação, na linguagem de Liebman. “É a pertinência subjetiva da ação.”

Parte, em sentido processual, é um dos sujeitos da relação processual contrapostos diante do órgão judicial, isto é, aquele que pede a tutela jurisdicional (autor) e aquele em face de quem se pretende fazer atuar a dita tutela (réu). Mas, para que o provimento de mérito seja alcançado, para que a lide seja efetivamente solucionada, não basta existir um sujeito ativo e um sujeito passivo. É preciso que os sujeitos sejam, de acordo com a lei, *partes legítimas*, pois se tal não ocorrer o processo se extinguirá sem resolução do mérito (art. 267, VI).

(...)

Se a lide tem existência própria e é uma situação que justifica o processo, ainda que injurídica seja a pretensão do contendor, e que pode existir em situações que visam mesmo a negar *in totum* a existência de qualquer relação jurídica material, é melhor caracteriza a legitimação para o processo com base nos elementos da lide do que nos do direito debatido em juízo.

Destarte, legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste a pretensão.

Oportuno transcrever a respeito deste tema, ainda, fragmento da fundamentação da decisão lançada pelo insigne Magistrado de primeiro grau, Dr. Roberto Coutinho Borba (fl. 2004), a seguir:

Ora, se a fumageira sequer produzia as marcas de cigarro que o mesmo assinalou que fumava, soa cristalina a sua ilegitimidade passiva.

Não há pertinência subjetiva, pois inexistente liame entre o fato supostamente ensejador do dano e a demandada argüente. À toda evidencia, a demandada Philip Morris jamais poderá ser responsabilizada por dano (supostamente) causado por produto industrializado pela concorrente.

Do exame da prescrição do direito de ação

O autor ingressou com a presente ação postulando indenização por danos morais e materiais, alegando, em síntese, que os graves problemas de saúde que está passando foram provocados pelo consumo dos cigarros fabricados pela parte demandada.

Preambularmente, cumpre destacar que desde a exordial o demandante fundamenta seus pedidos no disposto no artigo 159 do Código Civil de 1916, reproduzido no artigo 186 do novel Código Civil, o qual trata da responsabilidade civil pelo cometimento de ato ilícito, fundamentada na culpa aquiliana. Nesta hipótese, o prazo prescricional aplicável é aquele previsto no artigo 177 da legislação revogada, *in verbis*:

Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez), entre presentes, e entre ausentes, em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas.

No caso em exame, tem-se como termo inicial para a fluência do prazo prescricional o ano de 1988, quando constatado o enfisema pulmonar no autor. Assim, de acordo com a norma de transição, transcorrida mais da metade do prazo prescricional quando da entrada em vigor do Novo Código Civil, o prazo aplicável é o previsto na legislação revogada. É o que determina o art. 2.028 da Lei n.º. 10.406/2002, a seguir transcrito:

Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

1 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 68.

Dessa forma, ajuizada a presente ação em 10 de fevereiro de 2004, ainda não havia se implementado a prescrição vintenária para o exercício do direito de ação.

Inaplicável, portanto, o disposto no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que o autor não embasa seu pedido indenizatório na responsabilidade do fornecedor por acidente de consumo. Sobre a conceituação do fato do produto ou serviço, as lições de Roberto Senise Lisboa¹:

Responsabilidade pelo fato do produto e serviço é aquela que advém de um acidente de consumo, ou seja, de um evento que acarreta, ao menos, danos morais ao consumidor. No acidente de consumo, o produto ou serviço apresenta um vício exógeno ou extrínseco, isto é, um defeito que extrapola a própria substância do bem e ofende a vida, a saúde (higidez física e psíquica) ou a segurança do consumidor (art. 6º, I, da Lei 8.078/90). O defeito extrínseco ou exógeno não é uma simples inadequação econômica do produto ou do serviço, porém uma inadequação que gera efeitos sobre a personalidade humana, tanto do consumidor como das pessoas a ele equiparadas, dada a situação de vítima do evento.

Lúcio Delfino², com sua costumeira clareza, afirma que :

O art. 7º do Código de Defesa do Consumidor é expresso ao prescrever que os direitos nele previstos não excluem outros enunciados em leis anteriores. Diante disso, entende-se que o consumidor pode valer-se do prazo prescricional de vinte anos, esculpido no art. 177 do Código Civil, desde que se funde na culpa do fabricante (art. 159 do Código Civil), sempre que decorrido o prazo prescricional previsto na Lei 8.078/90.

Sobre o tema, os arestos desta Câmara trazidos à colação a seguir:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. TABAGISMO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRELIMINARES REEDITADAS NAS CONTRA-RAZÕES AO APELO. RECURSO ADESIVO. AGRAVO RETIDO. 1 - Ausência de reiteração e pedido de apreciação pelo Tribunal nas razões de apelação, conduzindo ao não-conhecimento do agravo retido. 2 - Preliminar de cerceamento de defesa, por não oportunizada a produção de provas requeridas, rejeitada, pois desnecessárias as provas ao deslinde da causa, sendo caso de julgamento antecipado. Aplicação dos arts. 130 e 330, I, do CPC. 3 - Preliminares de inépcia da inicial, ilegitimidade passiva e prescrição reeditadas nas contrarrazões, desacolhidas. 3 - Inexistência de ilicitude na atividade das rés, quando exercitam o direito de produção e comercialização de cigarros, bem como o de publicidade de suas marcas, à luz da legislação em vigência. Circunstâncias que descartam ocorrência de responsabilidade civil das demandadas, por faltar o nexo de causalidade entre a conduta delas e o uso de cigarros pela autora. Não configuração de publicidade enganosa. 4 - Ausência de sucumbência recíproca, impossibilitando o conhecimento de recurso adesivo. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. PRELIMINAR REJEITADA. APELO IMPROVIDO. RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO. (Apelação Cível Nº. 70005752415, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marta Borges Ortiz, Julgado em 04/11/2004).

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MATERIAL E MORAL. USO DE CIGARROS. Nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, inexistente, porque uma vez desnecessária, à solução da demanda, a prova oral e documental pretendidas pelo autor, impõe-se o julgamento antecipado da lide. Incidência dos arts. 130 e 330, I, do CPC. Ilegitimidade passiva, de algumas demandadas, afastada, eis que deve ser sujeito da relação processual, para ser parte legítima, quem é o sujeito da pretensão ou o sujeito da prestação, caso do autor e das rés. Inépcia da inicial incorrente, seja no tocante à tutela antecipada, aos danos morais ou aos denominados "danos pessoais", basicamente, porque não caracterizada nenhuma das hipóteses contempladas no art. 295, parágrafo único, do CPC. Prescrição quinquenal do art. 27, do CDC, não incidente, por não estar, a reparação perseguida na inicial, calcada em defeito do produto, mas nas características essenciais do mesmo. Imputação de ato ilícito desacolhida, por haver, de parte das demandadas, apenas o exercício regular de um direito reconhecido, seja na produção e comercialização de cigarros, seja na publicidade de suas marcas, à luz do art. 160, I, do Código Civil de 1916, então vigente. Circunstâncias que, mesmo diante do teor do art. 159, do referido Código, descartam a possibilidade de culpa das demandadas e o nexo de causalidade entre a conduta das mesmas e o uso de cigarros pelo autor, aliado às doenças contraídas. Inexistência de publicidade enganosa e impossibilidade de inversão do ônus da prova, à vista dos arts. 6º, VIII, 37 e 38, do CDC. O cabimento do recurso adesivo só é possível, quando houver

1 LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 272.

2 DELFINO, Lúcio. Responsabilidade Civil e Tabagismo no Código de Defesa do Consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 165.

sucumbência recíproca. Apelação desprovida e recurso adesivo não conhecido. (Apelação Cível Nº. 70006270508, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leo Lima, Julgado em 18/09/2003).

No mesmo sentido são os julgados dos Egrégios Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e de Minas Gerais:

APELAÇÃO - Ação de indenização por danos materiais e morais movida por consumidor de cigarros contra a fabricante - Extinção do processo, com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC Inadmissibilidade - Hipótese de ação pessoal, cuja prescrição é vintenária - Além disso, a norma do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, com prazo reduzido de prescrição, diz respeito a responsabilidade objetiva, que não é o caso - Ademais, não seria razoável entender-se que essa norma consumerista tenha diminuído, em prejuízo ao consumidor, os prazos decadenciais e prescricionais previstos no Código Civil - Recurso provido (Apelação Com Revisão 3476864500, 9ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Sérgio Gomes, Julgado em 15/08/2007).

INDENIZATÓRIA. Dano moral em decorrência de doença provocada pelo fumo. Impossibilidade de reconhecimento da prescrição. Impossibilidade de se provar que tenha sido o cigarro fabricado pela ré que levou à doença de que padece o apelante. Apelo improvido. (Apelação Com Revisão 3706064500, 10ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Carvalho Viana, Julgado em 23/11/2005).

Ação indenizatória por danos materiais e morais movida por consumidor de cigarros contra a fabricante extinção da ação, com julgamento do mérito, pelo reconhecimento da prescrição quinquenal descabimento, por se tratar de hipótese de ação pessoal, cuja prescrição é vintenária. Apelo provido para cassar a sentença extintiva. (Apelação Com Revisão 2036054600, 6ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Testa Marchi, Julgado em 27/03/2002).

AÇÃO ORDINÁRIA - REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - PRESCRIÇÃO DO ART. 27 DO CDC - NÃO INCIDÊNCIA - REJEIÇÃO - EMPRESA FUMAGEIRA - TABAGISMO - PROPAGANDA ENGANOSA - DOENÇA PULMONAR - ACEITAÇÃO DO RISCO PELO FUMANTE - NEXO DE CAUSALIDADE NÃO COMPROVADO - PEDIDOS IMPROCEDENTES - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - Não sendo a ação de indenização baseada em defeito ou erro do produto no instante de sua fabricação, mas sim, escudada no artigo 186, do Código Civil, não há que se falar em prescrição quinquenal, nos termos do art. 27, do Código de Defesa do Consumidor. Para surgir o dever de indenizar o dano alheio (responsabilidade civil) é mister que concorram três elementos: o dano suportado pela vítima, a conduta culposa do agente e o nexo causal entre os dois primeiros. Impossível se apresenta a pretensão do autor tendente a condenar a empresa fabricante de cigarros em danos materiais e morais, sob a imputação de ato ilícito, quando não comprovado o nexo causal entre a doença diagnosticada e o tabagismo. **REJEITARAM A PRELIMINAR, À UNANIMIDADE, E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O DES. REVISOR.** (Apelação 1.0596.04.019579-1/001, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator: UNIAS SILVA, Julgado em 16/09/2008).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANO CAUSADO PELO USO DE CIGARROS - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - CDC - AUSÊNCIA DE DEFEITO OU ERRO NA FABRICAÇÃO DO PRODUTO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - REQUISITOS - ATO ILÍCITO E NEXO DE CAUSALIDADE NÃO DEMONSTRADOS - PUBLICIDADE - REGULAMENTAÇÃO - EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO. Não sendo a ação de indenização baseada em defeito ou erro na fabricação do produto, mas respaldada pelo artigo 159, do Código Civil de 1916, não há que se falar em prescrição quinquenal, na forma estabelecida pelo art. 27, do Código de Defesa do Consumidor. Para que seja possível a inversão do ônus da prova, consoante disposição contida no artigo 6º, inciso VIII do CDC, como direito básico do consumidor, é necessário que, a critério do juiz, seja verossímil a alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência, sendo, portanto, de natureza relativa e não compulsória,

servindo para colocar em equilíbrio a posição das partes no conflito. A fabricação e comercialização de cigarros são atos lícitos, praticados em exercício regular do direito, na forma do inciso I, do art. 160, do Código Civil de 1916, sendo os malefícios decorrentes do fumo inerente à natureza do produto e de sabença geral. Rejeitaram prejudicial de mérito, rejeitaram preliminar e deram provimento ao 1º recurso, julgando prejudicada a 2ª apelação. (Apelação 2.0000.00.438606-1/000, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator: TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO, Julgado em 27/04/2005).

RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MATERIAL E MORAL - USO DE CIGARROS - PRESCRIÇÃO (ART. 27 DO CDC) - NÃO INCIDÊNCIA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - REQUISITOS. Não sendo o defeito do produto referido na lei consumerista a causa principal da indenizatória, mas tratando-se de ação de responsabilidade civil regulada

pelo Código Civil de 1916, não tem aplicação no caso a prescrição quinquenal no art. 27 do CDC. Como é cediço, a inversão do ônus da prova, de que trata o artigo 6º, VIII, do CDC, não ocorre automaticamente; necessário se torna que o magistrado se convença da verossimilhança das alegações aduzidas, e da hipossuficiência da parte. Inviável se mostra pretensão tendente a condenar a empresa fabricante de cigarros em danos materiais e morais, sob a imputação de ato ilícito, por haver por parte da ré apenas o exercício regular do direito reconhecido, seja na produção e comercialização do cigarro, seja na publicidade de suas marcas, à luz do art. 160, I, do Código Civil. Não se caracteriza a responsabilidade civil da ré, se não provado o nexo entre a doença e o tabagismo, apesar do truísmo de que o cigarro causa câncer. Negaram provimento ao agravo retido; rejeitaram preliminar e negaram provimento ao recurso. (Apelação 2.0000.00.420246-0/000, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator: VALDEZ LEITE MACHADO, Julgado em 15/04/2004).

Deste modo, afastada a prescrição, mister se faz a adequada coleta de prova, o que não permite o julgamento da causa por este Colegiado de pronto, tendo em vista que há matéria de fato a ser elucidada mediante prova testemunhal e pericial pleiteada oportunamente, a fim de que se possa aferir se a enfermidade da parte autora decorreu de forma exclusiva ou concorrente do uso continuado do fumo, razão pela qual é de ser desconstituída a sentença nesta parte, a fim de possibilitar o prosseguimento do feito.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso, afastando a prescrição, a fim de desconstituir a sentença nesta parte e determinar a remessa dos autos à origem para regular processamento do feito apenas contra a ré Souza Cruz, mantendo a decisão no que diz respeito à exclusão do pólo passivo a ré Philip Morris, em razão do reconhecimento de sua ilegitimidade passiva, bem como os consectários legais daí decorrentes.

DES. ROMEU MARQUES RIBEIRO FILHO (REVISOR) - De acordo.

DES. LEO LIMA (PRESIDENTE) - De acordo.

DES. LEO LIMA - Presidente - Apelação Cível nº 70024030868, Comarca de Rosário do Sul: “DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME.”

Julgador(a) de 1º Grau: ROBERTO COUTINHO BORBA

379.261-4/5-00 (TJ/SP)

Número do Processo:	37 9.261-4/5-00
Relator:	Silvio Marques
Relator do Acórdão:	Joaquim Garcia
Data do Julgamento:	08/10/2008

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO nº 37 9.261-4/5-00, da Comarca de SÃO PAULO, em que é apelante SOUZA CRUZ S.A. sendo apelada MARIA APARECIDA DA SILVA:

ACORDAM, em Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, CONTRA O VOTO DO RELATOR, QUE DECLARARÁ. ACÓRDÃO COM O REVISOR, DECLARARÁ O 3º JUIZ. SUSTENTOU ORALMENTE O DR. ANTÔNIO LOPES MUNIZ.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAETANO LAGRASTA (Presidente), SILVIO MARQUES NETO.

São Paulo, 08 de outubro de 2008.

JOAQUIM GARCIA
Relator Designado

VOTO Nº: 15659

APELAÇÃO CÍVEL Nº: 379.261.4/5-00

COMARCA: SÃO PAULO

APELANTE : SOUZA CRUZ S.A.

APELADO : MARIA APARECIDA DA SILVA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)

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

Apeleção interposta contra r. sentença que julgou procedente ação de indenização por danos morais e materiais promovida pela apelada em razão da perda dos membros inferiores como consequência do tabagismo.

Condenou a ré ao pagamento de danos morais na quantia de R\$ 600 000,00 (seiscentos mil reais), corrigidos desde a data dos fatos e juros de 1% ao mês a partir da citação. Danos materiais correspondentes às despesas médicas, cirúrgicas, hospitalares, medicamentos, colocação de próteses e aparelhos ortopédicos, bem como lucros cessantes em razão da incapacidade permanente, em valor a ser apurado na fase de liquidação por arbitramento. Condenou, ainda, ao pagamento das verbas da sucumbência e honorários advocatícios fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação devidamente atualizado.

Sustenta-se a responsabilidade exclusiva da autora por sua ciência dos riscos à saúde associados ao consumo de cigarros, a manutenção do hábito de fumar por livre arbítrio, inexistência de ilicitude em sua conduta desde que a produção e comercialização do produto são tidas como atividades lícitas, autorizadas e regulamentadas pelo Poder Público, inexistência de negligência na advertência dos riscos relacionados ao tabaco, inexistência de nexos causais entre o tabagismo e a moléstia diagnosticada, inexistência de prova de consumo por vários anos e somente dos produtos fabricados pela Souza Cruz, a par da não demonstração de ter sido o cigarro a causa determinante de suas moléstias.

Recurso tempestivo, preparado e respondido. Agravo retido reiterado.

É o relatório

Quanto às preliminares e o agravo retido, a d maioria acompanha o entendimento esposado pelo nobre relator vencido, mantido, por isso, os fundamentos da decisão. A divergência limita-se ao mérito da demanda principal.

Afasta-se a arguição de inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ante a edição posterior ao início do uso do cigarro e da não aplicação retroativa desse diploma, por tratar-se de uma relação continuada, de trato sucessivo, de forma que não se pode considerar que o primeiro cigarro que a autora fumou tenha delimitado a lei a incidir no caso. O elemento caracterizador do ato jurídico perfeito, na esteira do art 6º, § 1º, da LICC, não é a constituição mas a consumação do ato.

As indústrias de produtos derivados do tabaco, apesar de atuarem dentro da lei vigente, não se eximem da responsabilidade objetiva, dada a teoria do risco, pelos efeitos nocivos causados aos indivíduos pelo uso ou consumo de seus produtos colocados à venda no mercado legitimamente, máxime à luz do Código de Defesa do Consumidor, cujas normas de ordem pública atingem os fatos ainda não consolidados antes de sua vigência.

Aqui, obviamente, a relação é de consumo e a responsabilização do fabricante se dá independentemente da existência de culpa, conforme preceitua o art 12 do Código de Defesa do Consumidor, cuja norma tem o claro intuito de resguardar a integridade física e psíquica do consumidor.

Assinalam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (art 12, § 3º) “Responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco da atividade A responsabilidade objetiva do CDC não é compatível com causas de exclusão do dever de indenizar derivadas da culpa O caso fortuito e a força maior excluem a culpa do agente, que, contudo, é irrelevante para a fixação do dever de indenizar no Código de Defesa do Consumidor (Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados, Editora RT).

A autora fumava desde os seus quinze anos de idade e, à época em que começou, inexistiam informações disponíveis ao consumidor a respeito dos malefícios provocados pelo uso do cigarro, assim como a ausência de advertência sobre os efeitos deletérios da

nicotina.

Estudos revelam a ocultação desses dados desde a década de 50 pelas empresas produtoras de cigarro e outros produtos derivados do tabaco (Texto obtido a partir da matéria publicada sobre a dependência e as propriedades viciantes da nicotina, com a transcrição de trechos da decisão proferida pela Juíza Kessler em processos envolvendo empresas norte-americanas de tabaco - Aliança de Controle ao Tabagismo - ACTbr).

Neles se destacam o amplo conhecimento dos fabricantes sobre os efeitos viciantes que a nicotina exerce nos fumantes e como se aproveitaram desse conhecimento para sustentar e aumentar a venda de cigarros, assim como omitir os resultados das pesquisas internas que geraram as informações sobre a nocividade e dependência provocada pelo tabagismo.

Em junho de 1959, um documento interno da BATCo, alertava para o fato de que “abaixar demais o teor da nicotina pode acabar destruindo a dependência de uma grande número de consumidores e impedir que novos fumantes se tornem dependentes de nicotina”.

Noutro, da *Tobacco Institute* emitido em 09/09/1980, alertava que se as empresas-membro reconhecessem publicamente que a nicotina é viciante, anular-se-ia seu argumento de defesa - que a decisão de fumar é de “livre arbítrio”.

Por todas as pesquisas internas e externas, as empresas dispunham de informações relevantes que os levariam a concluir, bem antes das agências de saúde pública, que a principal motivação para o fumante é a obtenção da nicotina, uma droga viciante. Dados ocultados intencionalmente quando da movimentação dos órgãos públicos para revisar e sintetizar todas as informações disponíveis, tais como a preparação dos relatórios de 1964 e 1985 do *Surgeon General* e de várias investigações do Congresso americano. Naquela oportunidade, as empresas também organizaram uma sofisticada ofensiva de relações públicas, de longo prazo e muito bem financiada, para contradizer e atacar a conclusão consensual que elas próprias já aceitavam, internamente, há muito tempo.

Vale lembrar que, nada obstante tenham as indústrias sido obrigadas a inserir os avisos de advertência dos malefícios do fumo para a comercialização do produto, a publicidade havida com as fabulosas propagandas sempre associadas às idéias (ainda que contraditórias) de saúde, de vigor físico e virilidade, de cultura e intelectualidade, de beleza, charme e sedução, atributos que todo jovem busca para si a qualquer custo e que se traduzia em grande vantagem para a indústria fumageira, pois capta seus clientes exatamente na fase da adolescência e juventude, quando se busca a formação de uma identidade com posturas de auto-afirmação. Publicidade enganosa mas que surtiu os efeitos pretendidos.

Desse modo, convém tecer algumas considerações acerca dos malefícios do fumo que, segundo estatística elaborada pelos estudiosos do assunto, conclui que **somente 5% (cinco por cento) dos fumantes abandonam o vício espontaneamente**, muito embora 70% dos fumantes manifestem o desejo de se afastar do tabagismo. No entanto, as drogas encontradas na composição do cigarro dificultam sobremaneira a privação do hábito de fumar adquiredo pela pessoa ainda na adolescência, no mais das vezes.

Segundo a pesquisa de tratamento da dependência da nicotina, “a visão do comportamento do fumar como dependência de droga causou uma verdadeira revolução nas formas de entendimento e tratamento dos fumantes. Isso foi precipitado pela publicação, em 1988, do relatório do Cirurgião Geral Koop. Nesse, concluiu-se que o cigarro e outras formas de tabaco geram dependência, que a droga que causa dependência no tabaco é a nicotina, e que os processos farmacológicos e comportamentais que determinam a dependência ao tabaco são similares àqueles que determinam a dependência de outras drogas como a heroína e a cocaína. Dessa forma, a dependência do cigarro passou a não ser mais vista apenas como um “vício psicológico” mas como uma dependência física que deveria ser tratada como uma doença médica, nos mesmos moldes do tratamento de outras substâncias que causam dependência. Desde então, todo um arsenal terapêutico foi desenvolvido com o objetivo de aliviar os sintomas da síndrome de abstinência da nicotina ou a diminuir a fissura pela mesma.

O 4º *Manual Diagnóstico Estatístico da Associação Psiquiátrica Americana* oferece sete critérios para dependência de substâncias psicoativas, que são aplicáveis à nicotina, dentre elas a persistência no uso da substância a despeito do conhecimento de que está causando prejuízo físico ou psicológico.

Os relatos do *Surgeon General* de 88 e 89 vêem a dependência do tabaco como determinada por processos biológicos, biocomportamentais, psicológicos e socioculturais.

A dependência química é uma das doenças psiquiátricas mais frequentes da atualidade. No caso do cigarro, de 25% a 35% dos adultos dependem da nicotina. A prevalência da dependência do álcool no Brasil é de 17,1% entre os homens e de 5,7% entre as mulheres, segundo o 1º Levantamento Domiciliar Sobre o Uso de Drogas Psicotrópicas no país, realizado em 2001 pela *Universidade Federal*

de São Paulo (Unifesp). O estudo revelou que quase 20% dos entrevistados já haviam experimentado alguma droga que não álcool ou tabaco. Entre ela, destacaram-se a maconha (6,9%), os solventes (5,8%) e a cocaína (2,3%).

Ainda, segundo a *Organização Mundial de Saúde e o INCA - Instituto Nacional de Câncer*, sobre os malefícios do tabaco: “É o único produto legal que causa a morte da metade de seus usuários regulares. Isto significa que de 1,3 bilhão de fumantes no mundo, 650 milhões vão morrer prematuramente por causa do cigarro - O cigarro é composto por folhas de fumo que contém mais de 4.500 complexos químicos, muitos dos quais se transformam em outras combinações. Esses complexos incluem arsênio, amônia, sulfeto de hidrogênio e cianeto hidrogenado - O componente do cigarro mais letal de todos os elementos é o monóxido de carbono, que é idêntico ao gás que sai do escapamento dos automóveis. Este produto toma o lugar do oxigênio, deixando o nosso corpo totalmente intoxicado - Uma das substâncias presentes no fumo do tabaco é o alcatrão - de um forte odor, etc se obtém da destilação de certas matérias orgânicas, principalmente do carvão, ossos e de algumas madeiras resmosas. Ele provoca a obstrução dos pulmões e perturbações respiratórias, além da dependência do tabaco e várias doenças associadas ao seu consumo”.

Fatores psicológicos e sociais também são importantes neste processo, contribuindo para a complexidade e intensidade do quadro de dependência. Assim, com o uso regular de cigarros, estabelece-se um condicionamento que faz com que a pessoa passe a ter o fumo integrado à sua rotina. Além disso, o cigarro é também utilizado como um tipo de modulador de emoções, o que faz com que seu uso se amplie significativamente e não esteja associado apenas à necessidade fisiológica de reposição periódica da droga.

Em recente matéria veiculada no jornal Folha de São Paulo intitulada ‘Mecanismo diabólico’, de autoria do notório Dr. Dráuzio Varella:

“A SABEDORIA popular diz que o cigarro acalma e dá prazer e que a dependência é psicológica.

A sapiência botequinesca esquece dos fumantes inveterados que têm ódio do cigarro, e que a nicotina provoca alterações fisiológicas insensíveis à força de vontade do cidadão.

Em artigo à revista “*Scientific American*”, Josef DiFranza revê estudos que explicam as raízes bioquímicas da dependência da nicotina e contradizem o dogma de que ela levaria anos para escravizar o usuário.

(omissis)

“Aqueles que conseguiram abster-se por apenas três meses ou passaram décadas em abstinência, quando recaem voltam com a mesma rapidez ao número de cigarros diários anteriormente consumidos. A dependência de nicotina é uma doença crônica, incurável, o cérebro do fumante nunca mais voltará ao estado original.

A farmacologia não conhece droga que cause tamanha dependência química.

A nicotina não vicia por causar sensações inacessíveis aos mortais que enfrentam o cotidiano de cara limpa. Inundar o cérebro com ela não faz você experimentar a alegria do álcool, a onipotência da cocaína, o relaxamento da maconha ou as visões do LSD. Não existe barato nem viagem. Você fuma apenas para aplacar as crises de abstinência que a própria droga provoca a cada trinta minutos.

O único prazer de quem fuma é sentir a paz de volta ao corpo suplicante, até que a próxima crise bata à porta para enlouquecê-lo. Parece invenção de Satanás “

Em inúmeros julgados a jurisprudência reconhecia a improcedência de demandas semelhantes por não restar caracterizado o nexo causal. Todavia, no caso concreto, a autora padece de tromboangeíte obliterante, também conhecida por doença de Buerger, cuja literatura médica a respeito é praticamente unânime ao afirmar que a doença manifesta-se somente em fumantes, ou seja, o tabagismo é condição sine qua non para o desenvolvimento da moléstia contraída. Esse, aliás, é o grande diferencial deste caso com os demais relacionados em decisões desta e outras Cortes do país.

No manual MERK, disponível em URL <http://www.msdbrazil.com>, v g , encontra-se:

“A doença de Buerger (tromboangeíte obliterante) é a obstrução de artérias e veias de pequeno e médio calibre por uma **inflamação causada pelo tabagismo**. Essa doença afeta predominantemente os indivíduos do sexo masculino, tabagistas e com idade entre 20 e 40 anos. Apenas 5% dos indivíduos afetados são do sexo feminino. Embora não se conheça exatamente a causa dessa doença, apenas os tabagistas são afetados e a persistência do vício agrava o quadro. O fato de apenas um pequeno número de tabagistas

apresentar a doença de Buerger sugere que algumas pessoas são mais suscetíveis. No entanto, não se sabe a razão pela qual nem como o tabagismo causa esse problema (negritei).

Assim, em que pese o perito oficial em seu laudo ter afirmado que não poderia diagnosticar com certeza a ocorrência da doença, também não afasta a sua possibilidade, além de todos os elementos indicarem que a autora sofre de TAO. Desde as suas condições pessoais até os sintomas e o prontuário médico da paciente, bem como as conseqüências expenmentadas se amoldam às teses da literatura médica acerca da moléstia.

Desnecessária a comprovação dos danos morais sofridos pela vítima ante a amputação dos membros inferiores, desde que o dano moral existe *in re ipsa* e decorre da gravidade do ato ilícito.

E, para que haja responsabilização civil, a conduta não precisa ser necessariamente ilícita, deve, porém, ser uma conduta que cause dano a outrem. O que se discute não é a natureza jurídica da conduta das empresas fabricantes de cigarro, mas sim os danos causados por essa conduta, seja lícita ou não.

Assinala Sérgio Cavalien Filho, Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros Editores, 3ª ed., pg 92.

“Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*, deriva inexoravelmente do próprio ato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis ou facti*, que decorre das regras da experiência comum”.

Ademais, a autora sofreu sérios transtornos psíquicos, inclusive com acompanhamento psicológico até a aceitação de sua condição de amputada e bom treinamento com as próteses, conforme atestado no relatório médico (fis 15/17).

A responsabilidade objetiva do fabricante de cigarros resulta do próprio risco da atividade que desempenha ao colocar no mercado produto potencialmente lesivo à saúde do consumidor, daí o dever de indenizar da empresa causadora do evento danoso.

Por todo o exposto, conclui-se que o aventado livre arbítrio não se revela hábil para afastar o dever de indenizar dessas companhias, pelas mesmas razões que não se presta a justificar a descriminalização das drogas.

A inversão do ônus da prova ao final, além de admitida por lei e inegável hipossuficiência da autora, não acarretou prejuízo à parte e nem violou o princípio do contraditório, desde que reaberta a instrução com prazo adequado à efetiva produção de provas.

Inviável à autora fazer prova de que fumou somente cigarros da marca Hollywood desde o início. Trata-se de um argumento *ad terrorem*. Todavia, nada impede a ré de provar que o cigarro daquela referida marca não produz o efeito narrado pela consumidora, não contém ingredientes nocivos e tampouco cause a moléstia por ela sofrida.

Quanto aos diagnósticos e laudos penais, o nobre relator manifesta certa dúvida em relação à moléstia que a acometia por conta das divergências contidas no prontuário médico que relaciona diversos males em diferentes épocas, não relacionadas àquela patologia, enfatizando que somente em 02 05 95 constou em um dos relatórios o diagnóstico de TAO, tais circunstâncias somadas à falta de biópsia das partes extirpadas e de elementos (exames e relatórios médicos) além do próprio histórico e sintomas apresentados, levou-o a concluir pela não correspondência à doença de Buerger.

Ora, inusitada, *data venia*, sua postura nesse sentido, pois não se pode culpar a paciente pela eventual ineficiência do serviço médico a ela prestado, tampouco por suposta falta de percepção dos profissionais da relevância de eventual realização de exames complementares, como a mencionada biópsia da parte extirpada. O procedimento era de rigor, ao menos para que se constasse do prontuário médico a causa real da necessária amputação dos membros e o devido esclarecimento sobre o mal que a aflige. Ainda que a proposta fosse efetuada com o único intuito de recebimento das despesas da seguradora ou do Estado, deveria constar o resultado final. Depois, quiçá, utilizado para estudo e informações adicionais aos médicos residentes. Mas, evidentemente, não cabia à autora pensar na preservação do material pútrido naquele doloroso momento, tampouco providenciar *sponte propria* a biópsia do membro amputado e dos demais exames complementares.

Logo, ao invés de se tomar como ponto desfavorável à paciente, deve o Judiciário fazer uso do poder discricionário conferido para alertar as instituições de saúde, ainda que a título de sugestão, a fim de se efetivar certos procedimentos como prática usual para o bom desempenho da medicina e melhor atendimento à população. Assim como o faz, em crítica velada, ao defender as indústrias fumageiras, condenar o Estado pelo recebimento de impostos e desproteger o consumidor por pagar o preço, mais impostos, pelo

produto notadamente prejudicial à saúde, mas que chega legalmente ao mercado, como dito Pode-se e deve ser feito não só nessa área como também em outras que envolvem o cidadão comum, quase sempre prejudicado por falta de orientação e de conhecimento.

A negligência e o desinteresse pelo estudo aprofundado das queixas apresentadas pelos pacientes, omissão nos cuidados básicos e precipitação na avaliação inicial sem elementos concretos e individualizado, para um pré-diagnóstico eficaz, transformam-se muitas vezes em cirurgias desnecessárias, tratamentos equivocados ou inadequados, cujas práticas são comuns e não estão restritos apenas àqueles profissionais que atendem na rede pública ou conveniada.

Cumprе ressalvar, ainda, que os diferentes diagnósticos contidos no prontuário não se revelam contraditórios ou dissociados da patologia diagnosticada a final (TAO), nem caracteriza ineficiência do serviço médico prestado como acima tão-somente exemplificado. Comum, também, se diagnosticar outros males, menores ou não, antes ou até o descobrimento de patologia mais ou menos grave, ou completamente diferente, muitas das vezes sem qualquer relação direta entre si. A evolução ou mudança do quadro clínico

no decorrer da averiguação ou do tratamento em andamento revela-se natural e corriqueiro, e não pode refletir como causa excludente da moléstia aqui constatada, como quer fazer crer o nobre Relator ou como eventual agravante para reforçar sua tese de exclusão do dever de indenizar.

O laudo técnico final atesta a estreita relação do cigarro com a doença da autora, tido como fator de risco, assim como a reconhecida contribuição do fumo para a má circulação do sangue, causadores dos diversos tipos de embolia.

Nesse sentido, cumpre fazer referência aos julgados proferidos pela Colenda Corte do Estado do Rio Grande do Sul, a saber Apel Cível nº 70015107600, 9ª Câmara, j 27/08/2008, Rei Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary - Apel Cível nº 70013363718, 10ª Câmara, j 06/04/2006, Rei Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima - Apel Cível nº 70016845349, 9ª Câmara, j 12/12/2007, Rei Desembargador Odone Sanguiné -Apel Cível nº 70012335311, 9ª Câmara, j 21/09/2005, Rei Desembargadora Manlene Bonzanini Bernardi.

Tais decisões, minuciosas e fortemente fundamentadas, discorrem com sabedoria sobre todas as questões debatidas nessa demanda, e diga-se, de alguns trechos me permiti reproduzir por retratar com fidelidade o meu entendimento sobre a polêmica matéria.

Contudo, não espoo dos posicionamentos em relação à suposta culpa concorrente, ora afastada, até pela peculiaridade do caso, exposição dos fatos e da tese acima adotada como razão de decidir.

Portanto, mantenho a corajosa sentença da lavra da eminente Juíza Mana Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti Mendes (fls 1202/1210), em sua integralidade.

Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

JOAQUIM GARCIA

Relator

Voto nº 17.124 - 8ª Câmara de Direito Privado

Apelação nº 379.261-4/5 - São Paulo

Apelante: Souza Cruz SA

Apelada: Maria Aparecida da Silva

Relator: Des. Silvio Marques - Voto nº 17.613

Revisor: Des. Joaquim Garcia - Voto nº 15.659

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

Aos preciosos argumentos do Revisor acrescentam-se outras ponderações, em contrário ao voto do Relator, conforme segue, em verdadeira **obra em andamento** (*work in progress*), à qual, diariamente, poderiam ser acrescidos novos argumentos.

Julgar-se questão de tamanha envergadura para a Saúde Pública e Defesa da Cidadania e do Consumidor, implica se adentre a fatores sociais e, até, à vivência do próprio julgador, iniciado na senda do consumo de cigarros, desde os 14 anos, e dele afastado há aproximados onze anos, **ponderando-se que:**

a. A partir do final dos anos 20, dificilmente seria possível ingressar num cinema ou teatro onde público, personagens e atores não se apresentassem fumando, numa atitude de “glamour” e de conduta social adequada. Mesmo as fotografias de propaganda mostravam os astros e estrelas fazendo uso de cigarros, como condição de sucesso, segurança e integração social. Este comportamento restou generalizado, independente do país de origem dos espetáculos. Por outro lado, os jovens contavam com o cigarro como elemento de ingresso no mundo adulto e fator de segurança para freqüentar os ambientes sociais e mundanos.

Recentemente, na edição de 26 a 28 de setembro de 2008, o **Diário de Notícias** (repetida pela **Folha** de 29), em sua p. 12, trouxe a confirmação deste fato, ao informar que astros consagrados foram usados pelas empresas de tabaco, mediante o pagamento de milhões de dólares, “para dar uma imagem de ‘glamour’ ao cigarro”, conforme resultado de pesquisa, dirigida pelo professor STANTON GLANTZ, do Centro de Pesquisa e de Educação sobre o Controle do Tabagismo da Universidade da Califórnia, que teve acesso a contratos entre produtores de cigarro e astros de Hollywood, a partir do final dos anos 20, “até a chegada da TV, nos anos 1950”. O estudo, financiando pelo Instituto Nacional do Câncer Grant, transcrito pela revista britânica especializada, *Tobacco Control*, afirma que: **Somente a American Tobacco pagou, no final de 1930, o equivalente hoje a US\$3,2 milhões aos astros do cinema para relacioná-los aos cigarros Lucky Strike.**

Desde logo, há que se concluir que o prolongamento desta propaganda não se interrompe em 1950, ao contrário, prossegue nas programações, na projeção de filmes de época, reiteradamente repetidos pelas empresas de televisão “abertas” e “por assinatura”.

E, somente após longa batalha é que vem sendo possível impedir a propaganda escancarada ou subliminar (outdoors, carros de corrida, revistas, jornais, fotonovelas, telenovelas, etc).

Estas, além de outras circunstâncias, infernizaram a vida dos adolescentes, pois deviam apresentar-se nos bailes e festas portando cigarros, se possível de qualidade (na época, o “Columbia”, muito mais caro do que os do tipo “Mistura Fina” ou “Petit Londrinos”, que eram consumidos por operários, encanadores, eletricitistas, pedreiros, etc), ainda que não os fumassem, mas que se prestavam a causar impacto às mocinhas.

Assim, o propalado **arbítrio** do jovem ou, mesmo, da criança, ou o do doente-dependente, por facilmente cooptáveis, não resistiria, como não resistiu, ao assédio massacrante da propaganda, ainda que se lhes atribua, em elevado grau, comportamento consciente, para que se sentissem partícipes de uma espécie de vida em sociedade, desde logo empunhando o cigarro como manifestação de “status” ou de segurança, “auxílio” no enfrentamento dos desafios dessa mesma sociedade, a partir da saída para o recreio, ao cinema, às festas da vida escolar, e no invio caminho, em direção à morte.

Outro não é o depoimento do renomado médico, DRAUZIO VARELLA ao admitir seu ingresso no vício: *Comecei ainda adolescente, porque não sabia o que fazer com as mãos quando chegava às festas. Era início dos anos 60 e o cigarro estava em toda parte: televisão, cinema, outdoors e com os amigos (...)* Nos anos 70, fui trabalhar no Hospital do Câncer de São Paulo. Nesse tempo, a literatura científica já havia deixado clara a relação entre o fumo e diversos tipos de câncer: de pulmão, esôfago, estômago, rim, bexiga e os tumores de cabeça e pescoço. Já se sabia até que, de cada três casos de câncer, pelo menos um era provocado pelo cigarro (...). A nicotina é um alcalóide. Fumada, é absorvida rapidamente nos pulmões, vai para o coração e, através do sangue arterial, se espalha pelo corpo todo e atinge o cérebro. No sistema nervoso central, age em receptores ligados às sensações de prazer. Esses, uma vez estimulados, comunicam-se com os circuitos de neurônios responsáveis pelo comportamento associado à busca do prazer. De todas as drogas conhecidas, é a que mais dependência química provoca. Vicia mais do que álcool, cocaína, morfina e crack. E vicia depressa: de cada dez adolescentes que experimentam o cigarro quatro vezes, seis se tornam dependentes para o resto da vida (...). E, conclui, em constatação que merece grifada: **Existe uma doença, exclusiva de fumantes, chamada tromboangeíte obliterante, que obstrui as artérias das extremidades e provoca necrose dos tecidos. O doente perde os dedos do pé, a perna, o pé, uma coxa, depois a outra, e fica ali na cama, aquele toco de gente, pedindo um cigarrinho pelo amor de Deus** - ([http://drauziovarella.ig.com.br/artigos/cigarro, asp](http://drauziovarella.ig.com.br/artigos/cigarro,asp)).

Esse comportamento é o mesmo que tem sido propagandeado e que se exige na divulgação de qualquer dos vícios que envolvem ou a grande indústria multinacional ou o tráfico internacional de substâncias entorpecentes pelo crime organizado.

A questão da **tromboangeíte obliterante** (TAO) tem sido reconhecida por clínicas especializadas como: *doença exclusiva de usuários de tabaco e a maior incidência em mulheres nos últimos anos pode decorrer do maior uso de cigarros (...) Não há fator causal claramente elucidado, o fato é que o uso de tabaco é condição básica para o diagnóstico, mas não se sabe exatamente se é o causador ou desencadeador da doença. O certo é que, com certeza, o indivíduo deve ter um componente qualquer que, interagindo com o fumo, desencadeia a doença - g.n.* (<http://www.fluxo.com/saude/vascular/tromboangeite.html>).

Essa questão vem sendo abordada por pesquisadores do Instituto do Coração - INCOR - de São Paulo, sendo que em recente comemoração do Dia Mundial Sem Tabaco, a Dra. JAQUELINE SHOLZ ISSA, em entrevista para o jornal **Folha de S.Paulo**, datada de 1º de Junho de 2008, do corrente ano, esclarece que a mensagem era dirigida ao tema: “Jovens sem Cigarro” e, pergunta, porquê jovem? *Porque são eles que mantêm o negócio da indústria (...) As características da adolescência o deixam vulnerável. A indústria sabe disso. Não tem mais publicidade direta, mas tem publicidade no ponto de venda, misturado com docinho, balinha.(...) Mas (depois) de seis meses a dois anos de uso ele perde a autonomia.*

Ao prosseguir na entrevista, a médica afirma que a Organização Mundial de Saúde preconizou três objetivos na política antitabagista, para diminuir o consumo: criar ambientes livres do tabaco; restrição à propaganda e, por fim, aumento do preço. As duas primeiras foram observadas, razoavelmente, pelo Brasil, com algum resultado (p. C 19).

b. Quanto ao terceiro objetivo vem sendo impedido pela própria Receita Federal. MARIO CÉSAR DE CARVALHO (**Folha de S.Paulo**, em 17 de Março, também deste ano, p. C 1; v. Revista **VEJA**, ed. 1663, 23 de agosto de 2000) informa que:

O projeto do Ministério da Saúde de aumentar o preço do cigarro para reduzir o consumo bateu numa barreira. A Receita Federal não quer abrir mão de seu papel de criador da política tributária. A Receita acredita que um aumento forte de preços, da ordem de 100%, por exemplo, elevaria ainda mais o mercado ilícito de cigarros.

E prossegue, informando que enquanto o Instituto Nacional do Câncer pretende que um maço custe R\$ 4,00, R\$ 5,00, a Receita defende valor menor: R\$ 1,74. *No ano passado, o Brasil consumiu cerca de 150 milhões de cigarros. (...) 40% desse volume não pagou impostos: 39 milhões foram cigarros contrabandeados e 20 milhões foram produzidos por empresas brasileiras que não pagam impostos, segundo a Receita. (...) O preço do cigarro no Brasil é um dos mais baratos do mundo. O preço do Marlboro brasileiro em 2001 era o segundo mais barato do mundo num levantamento feito em 87 países e territórios pela Economist Intelligence Unit. Custa o equivalente a US\$1,23. Só perdia para a Indonésia: US\$1,08* (Estas circunstâncias demonstram, quando nada: a conivência do Governo brasileiro e, o que é mais, que através da propaganda maciça, uma única marca - Marlboro - conseguiu expansão mundial).

O mesmo articulista demonstra de que forma a conivência governamental se instalou ao lado dos fabricantes: ***O preço baixo do cigarro é consequência da redução de impostos a partir de 2000, segundo*** (Roberto) ***Iglesias*** (do Banco Mundial). ***A redução ocorreu no mesmo momento em que o então Ministro da Saúde (...) impunha restrições ao fumo no país. Em 1999, o IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados) equivalia a 42,5% do preço do maço. Em 2007, representava 20% a 25% desse valor.***

Desta forma, para combater o contrabando, a Receita Federal não se peja apresentar pífio argumento e de cooperar na missão de ceifar vidas, nada obstante, tenha o mesmo jornal apurado que a dívida de (pequenas) empresas de cigarros gira em torno de *R\$ 5 bilhões e não há a menor perspectiva de que esse valor venha a ser recolhido nos cofres públicos algum dia. O Sindifumo, sindicato que reúne os pequenos fabricantes, considera a legislação do IPI injusta.*

Na mesma reportagem é citada a economista norte-americana, HANA ROSS, que estuda impacto das políticas de saúde sobre fumo nas finanças, para a American Cancer Society e para o Banco Mundial, sendo que sua tese de doutorado foi sobre *o efeito do preço do cigarro e das políticas de saúde sobre os jovens fumantes de Chicago, negando que o aumento de impostos eleve o contrabando de cigarros, posto que o crime de contrabando não é resultado de impostos. Ele está mais relacionado com outros fenômenos, como corrupção política, falta de controle nas fronteiras, falta de legislação que puna os contrabandistas com rigor.*

Fatores indiscutíveis, a confirmar a conivência do Governo com os fabricantes de cigarros e, também, com os contrabandistas, garantindo a todos um lucro seguro. E, por fim, acrescenta a economista que não basta o aumento do preço, é necessário o aumento de impostos (idem, C 3 - g.n.).

Em âmbito mais restrito, mas não menos importante, há a consignar a omissão ou mesmo omissiva atividade ilegal, resultado de lobbies que infestam as diversas camadas do Poder Legislativo. O exemplo, através da utilização da mesma fonte de informação, de 24 de setembro de 2008, noticia que: ***Diante da pressão de sindicatos ligados a bares, restaurantes e hotéis, a Assembléia Legislativa de São Paulo adiou para depois das eleições a discussão sobre o projeto do governo para aumentar a restrição do tabagismo em locais fechados*** (p. C5).

c. Ainda do mesmo diário, em 3 de abril de 2008, p. A 15, extrai-se, de notícia reproduzida pela Associated Press e The Independent, que: Três grupos internacionais de cientistas (França, Islândia e Reino Unido) identificaram pela primeira vez um conjunto de variações genéticas - todas no mesmo trecho do DNA humano - que aumentam o risco de câncer de pulmão nos fumantes. A descoberta mostra que algumas pessoas têm predisposição hereditária ao câncer, o que as torna mais vulneráveis aos efeitos danosos do tabaco. As conclusões mais expressivas são: Esse gene é como uma praga dupla (...) torna você mais suscetível a ser dependente de cigarro e menos suscetível a parar de fumar, diz CHRISTOPHER AMOS, professor de epidemiologia no *M.D. Anderson Cancer Center*, nos EUA. Ao que interessa ao caso em exame é que: *Mesmo que um subgrupo de pessoas seja tido como 'resistente' aos efeitos do fumo no desenvolvimento do câncer de pulmão, é improvável que essas pessoas também estejam protegidas contra doenças cardíacas e obstrução pulmonar; escreveram Stephen Chanockis, do Instituto Nacional de Câncer dos EUA, e David Hunter, da Universidade de Harvard;*

d. A propaganda enganosa permite-se alianças do tipo denunciado por recentíssima notícia na mesma **Folha**, em 22 de setembro, quando a *Philip Morris* e a *Souza Cruz (British American Tobacco)* concluíram que não poderiam aparecer “aos olhos da opinião pública para contestar a campanha”, a partir de decreto de Prefeito de São Paulo, em 1995, que proibia o fumo em bares e restaurantes, visto que poderia se expandir para outras cidades, razão de se aliarem com a Associação Brasileira de Gastronomia, Hospedagem e Turismo, em texto, localizado numa ata de reunião da *Philip Morris* brasileira, quando a empresa decide patrocinar um programa chamado “Convivência em Harmonia”, iniciado em 1990, sob o nome de *Accommodation Program*, sendo que nos EUA foi escolhida a *International Hotels Association* para respaldar a iniciativa, à qual associou-se a *British American Tobacco* (Souza Cruz). Apenas a título de curiosidade, **a Souza Cruz afirma ser legítimo “o trabalho em conjunto com parceiros comerciais, como entidades de classe, na busca de soluções que acomodem os direitos de todos os públicos envolvidos”** (g.n.), sem explicar como seria buscar acomodação para as doenças e morte produzidas pelo vício do fumo, enquanto que a *Philip Morris* lançou nota onde, contraditoriamente à sua própria atividade e propaganda, **confessa**: “‘apoiar a regulamentação do fumo em locais públicos’, já que ‘as autoridades públicas de saúde concluíram que **o fumo passivo causa doenças**’”, afirmando ainda estar de olhos postos no futuro, **ao invés de analisar o passado** (idem). A inconsistência do raciocínio agride aos mais mezinhos princípios de saúde pública, posto que o passado se constrói, por óbvio, sobre a infância e juventude do ser humano, logo, do consumidor precoce e inconsciente por associar o cigarro à felicidade, à realização, à segurança, etc, no dizer da pesquisadora americana, SUSAN LINN (**Folha**, de 24 de setembro de 2008, p. C6): ***O marketing está relacionado à saúde pública e a problemas sociais. Ele não é a causa (única desses problemas), mas é um fator e leva a distúrbios de alimentação, à sexualização, a problemas relacionados com a violência juvenil e também a problemas familiares. Segunda pesquisas, as crianças que têm mais valores voltados para o lado material (que associam a felicidade à aquisição de produtos) são menos felizes*** (g.n.).

Assim, aos argumentos do Senhor Revisor, acrescentam-se estes, posto que os malefícios do fumo, demonstram que à propaganda não basta seja razoável, há que ser absolutamente clara, eis que autorizada pela Constituição, desde que não seja nefasta ou enganosa, promovida em detrimento do consumidor e de sua saúde, além do que omitem as empresas, de forma dolosa, o teor de pesquisas médicas que o protegeriam, confirmando os malefícios do cigarro, atitude que, sem dúvida, se constitui em nexo de causalidade entre a doença e sua utilização desde a juventude, como no caso da autora, e que, portanto, merece punida.

Descabe, por outro lado, acenar com que a perícia se veja concretizada através de elementos e formas de intromissão indiretas, a impedir o exato cumprimento de leis, como vimos no item acima, expedientes de que dispõem conglomerados multinacionais, como a requerida, aquinhoados, ainda, pela relaxada fiscalização e omissão tributárias do Governo, através da Receita Federal, a indicar se determine a remessa de cópia integral destes autos à Procuradoria do Ministério Público Federal, para eventual interposição de ação na tutela de interesses difusos e coletivos.

Na seqüência, e ao contrário do pretendido pelo inconformismo de fls. 1212 e ss., o produto - cigarro - é nefasto à saúde pública, ao consumidor, conforme demonstrado nestes autos e por pesquisas internacionais, fato que, inclusive, é reconhecido por empresas fabricantes de cigarros, às quais não se escapa, por óbvio, a apelante. Afora esta circunstância, inócuo o inconformismo quanto a inversão do ônus da prova, posto que, não fosse a denúncia da grande Imprensa e evidente que nada transpiraria, sobre atos de

“administração e conduta ética” e, menos ainda, sobre os malefícios constatados há anos e que era de conhecimento das próprias empresas. Nada obstante, nestes autos, a inversão se impunha, posto que se tratava de nova perícia, a instâncias do magistrado, eis que a anterior não era conclusiva. Acresce que, mesmo o segundo perito não poderia, como o não faz, afirmar nexos exclusivos com o vício do cigarro, posto que a eclosão da moléstia o seja, apresentando-se como temerário que o perito, qualquer perito, fizesse afirmação, como a pretensamente contestada pela apelante.

Também é sofisticado o argumento de que a empresa requerida planta, industrializa e comercializa objeto lícito. **O problema não está no plantio, antes nos ingredientes agregados ao fumo na fase de industrialização e que vêm sendo regularmente combatidos mundialmente, em nome da Saúde Pública. E, este seria o limite para o exercício regular de um direito (fl.1217), ante as circunstâncias que enfatizam os riscos da atividade, salvo se a indústria do fumo se mostre infensa a estes, quando da fabricação, e não aos da eclosão das doenças, quando denunciadas.**

De outro lado, decisões favoráveis na Jurisprudência não se constituem num Bill de indenidade para que se prossiga na propagação de doenças e da morte dos consumidores, a partir de produto reconhecido como vicioso e impróprio ao consumo e à Saúde Pública; ao contrário, a ausência de unanimidade faz com que haja constante crítica e adequação, para se atingir a verdadeira Justiça, através da diversidade de entendimentos entre juizes. Aliás, não foi de outro modo que se defendeu a Democracia em fases cruciais dos regimes ditatoriais, ou seja, apenas a minoria foi capaz de se opor a uma maioria, como hoje, atrelada aos ditames da propaganda e aos influxos do Capital. Sofísticas ainda as duntas razões de apelo quando pretendem que, por ser de conhecimento público o uso nefasto do cigarro, não seria possível atingir-se o nexo de causalidade, por ser atividade do arbítrio da vítima. Esquece-se, contudo, que plantar fumo, repita-se, pode não ser nefasto, nefasta é sua manipulação, no momento da industrialização, ao agregar substâncias químicas, ao mesmo tempo em que a propaganda maciça impede que sejam realmente conhecidas em seus efeitos colaterais, também como causadoras de moléstias e dependência, impedindo manifestação segura da livre escolha. Guardadas as devidas proporções, a mesma situação ocorre com os remédios, ministrados apesar das contra-indicações. Isto porque à divulgação de doenças se opõe a contra-divulgação maciça, omitidos aqueles resultados através de inúmeras considerações que se prestam a demonstrar que o consumidor está plenamente consciente dos malefícios, ainda que se veja obrigado ao consumo ou a obedecer a prescrição.

Dizer-se, como pretendem as razões de recurso (fls. 1233 e ss.), que a propaganda está dirigida ao consumidor e não aos não-fumantes, é sofisma igualmente repellido pela consciência do homem médio, pois não só se divulga que fumar Marlboro é tão bom quanto cavalgar, como se induz crianças, jovens ou doentes a iniciar ou prosseguir no vício.

Mais a mais, estatísticas sobre os que interromperam o vício, sem necessitar de auxílio médico ou dispositivos “de segurança”, nada demonstram, pois não se apresentam, como seria de rigor, através de estudos comparativos que garantam que ao fim de alguns meses ou anos, não venham a sofrer de moléstias mortais ou incapacitantes, em razão do produto consumido durante anos.

A partir dessa ilicitude, admitida por organismos internacionais de Saúde, evidente a existência de nexos causais entre a moléstia ou mesmo a morte das vítimas e a manipulação de produto que promove ou faz eclodir as doenças discutidas, determinando-se desta forma o direito à indenização.

O livre arbítrio, tão apregoado, como se fosse dogma de alguma estranha e impossível religião do vício, já foi objeto de considerações, afastando-se a responsabilidade da vítima, submetida durante décadas à propaganda enganosa das virtudes do vício, quase impossível de interromper, ante a dependência, e que tem sido clinicamente reconhecido.

Igualmente, despiendo será pretender-se ou que a autora indique qual das marcas exclusivamente utilizava, posto que se agregar filtro, ou rótulo de “light” etc, ao cigarro, não se mostraram capazes de impedir a eclosão de moléstias, seqüelas incapacitantes ou a morte dos consumidores, salvo se a Justiça submetta-se a manobras ignóbeis e diversionistas, às quais se acrescenta a pretensa necessidade de conservar os membros extirpados para posterior exame ou biópsia.

A comercialização de cigarros, durante anos vem sendo acoimada de conduta nefanda, à qual submetidos os consumidores, não através de exclusivo arbítrio, antes por estarem enredados, alguns desde tenra idade, à condição de fumantes passivos, à propaganda e à disseminação do vício pela mídia, em família ou em lugares públicos - fatores reconhecidos como causadores de moléstias.

Por fim, mas não como derradeiro, cabe enfatizar, da mesma reportagem da **Folha**, de 22 de setembro de 2008, inicialmente, que: *A Organização Mundial de Saúde diz que o único meio seguro de proteger não-fumantes é a criação de espaços sem fumo. O fumo passivo é a terceira causa de morte evitável no Brasil, segundo o Instituto Nacional de Câncer - só perde para o tabagismo ativo e álcool. O fumo passivo mata 2.665 pessoas por ano (sete por dia), segundo o INCA (g.n.).*

A seguinte é a de que o *livre arbítrio* somente pode ser mencionado quando não haja propaganda dolosa maciça, além de omissão a estudos que comprovam os malefícios do produto, e que afete consumidores de qualquer idade. A mudança de hábitos religiosos, alimentares, de vestuário, comportamental, etc, pode, até, nos fazer pensar que exista um único Deus; o nosso! Ao se imaginar a pressão - aplicada ao vício do tabagismo, seja ativo ou passivo, com mensagens para se converter em “moderno”, “glamuroso”, “seguro”, cabe perguntar, ante estas circunstâncias: **seria possível o exercício do livre arbítrio?** Evidente que não! Róisque não há possibilidade de escolha, ao nos tornarmos escravos inconscientes, seja da ideologia, da religião, dos hábitos, da propaganda!

Ao cabo, indubioso resulta que a solidariedade entre a omissão governamental - reduzindo impostos - merece ser apreciada como questão constitucional e desde logo reconhecida. Eis que não é possível que o Sistema seja criado em benefício da ordem e do interesse públicos e se preste ao contrário, ou seja, nada obstante as recomendações da Organização Mundial de Saúde, a atividade governamental se resume a providências meramente paliativas, incapazes de impedir a propagação de moléstias degradantes e conducentes à morte, até mesmo com mdisfarçável propaganda, pelo atual primeiro magistrado da Nação, que apregoa o vício de fumar, pois que na sala dele manda ele...

Acresce referir a degradante simbiose, titulada de associação entre os fabricantes de cigarros e entidades voltadas ao turismo, à alimentação ou outras, a merecer estreita vigilância dos cidadãos e do Governo para punição exemplar, única forma de impedir que se prossiga na divulgação e facihtação do uso de elemento reconhecidamente nocivo à saúde, não só do consumidor, como dos circunstantes.

A discussão, não apenas neste processo, como interessa às empresas fabricantes de cigarros, pode se prolongar por outras décadas, sem qualquer conclusão que não a experiência e observação do senso comum e da Medicina e sem alcançar a certeza absoluta, que o lucro multinacional não se cansa de exigir. Ocorre que o juiz deve julgar também através das regras da experiência e estas demonstram, através de macabras estatísticas, de morte e invalidez, causados pelo vício, não do fumo, mas do tratamento químico no seu manuseio, que devem seus fabricantes ser condenados.

Lastima-se não ter havido recurso, por parte da vítima, impedindo qualquer modificação da indenização fixada, que pouco ou quase nada representa para um conglomerado multinacional, acostumado a gastar milhões de dólares na propaganda e nos lobbies dirigidos aos consumidores, através de atores, legisladores e governantes de países como o Brasil, sempre buscando manter, ao longo do tempo e indefinidamente, a industrialização e divulgação de produto capaz de ocasionar doenças incapacitantes e mortes.

Finalizando estas considerações, há que mencionar excertos do *British Medical Journal* (BMJ - edição brasileira, ano 1, n. 6, de setembro de 2008) de artigo de JANICE HOPKINS TANNE, de Nova York, em que se noticia que Bill Gates e Michael Bloomberg, Prefeito de Nova York, anunciaram a doação de 500 milhões de dólares para a criação de um fundo, o **MPOWER**, para congregar esforços visando diminuir o tabagismo ao redor do mundo. Os dois afirmaram que **o tabaco mata cinco milhões de pessoas a cada ano, mais que a AIDS, a tuberculose e a malária juntas**. *A China tem 350 milhões de fumantes, e um milhão de pessoas morrem em decorrência do tabaco, a cada ano. Na Índia, há 700.000 mortes em decorrência do tabaco, e o número deve aumentar para 930.000 até 2010. E conclui: O pacote Mpower inclui o monitoramento do consumo de tabaco e as políticas para sua prevenção, a proteção das pessoas contra a fumaça do cigarro, a oferta de ajuda para abandonar o vício, os alertas sobre os riscos do tabaco, as proibições sobre propaganda, promoção e patrocínio, bem como o aumento dos impostos sobre o tabaco* (p.332-g.n.).

Desta forma, considero-me convicto no sentido de manter a r. sentença, com respaldo ainda no voto do e. Revisor, além de observações e a determinação de extração de peças integrais destes autos, com remessa ao Ministério Público Federal, para eventual e urgente promoção de ação na tutela de interesses difusos e coletivos, independente do trânsito em julgado, caso ainda não o tenha sido.

CAETANO LAGRASTA

VOTO Nº. 17.613

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO.

APELAÇÃO CÍVEL nº. 379.261.4/5

Natureza: INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS

Recorrente: SOUZA CRUZ S/A.

Recorrido: MARIA APARECIDA DA SILVA

Origem: SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - AGRAVO RETIDO REITERADO. Posterior conversão do julgamento em diligência para complementação de perícia. Possibilidade Inexistência de prejuízo. **Agravo conhecido e improvido.**

RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MATERIAL E MORAL - INDENIZATÓRIA - EX-FUMANTE. Conhecimento dos males do tabagismo. Vício consciente. Dever do Estado. Amputação de ambas as pernas. Inexistência de prova do mal, tromboangeite obliterante e seunexo causal. **Apelo provido.**

A r. sentença julgou procedente a ação de indenização de danos morais e materiais promovida pela apelada em razão da perda dos membros inferiores como consequência de tabagismo. A ré foi condenada a pagar R\$ 600.000,00 a título de danos morais, com correção monetária desde a data dos fatos e juros de 1% ao mês, a contar da data da citação. Também indenizará os danos materiais correspondentes às despesas médicas, hospitalares, cirúrgicas e com medicamentos, bem como colocação de aparelhos ortopédicos e próteses, mais lucros cessantes em valor a ser apurado na fase de liquidação por arbitramento (fl. 1.202).

No prazo apela a vencida reiterando o agravo retido interposto contra a decisão de folha 1.014. No mérito alega que: 1) a responsabilidade pelo fato é exclusiva da apelada que, como qualquer pessoa do povo, sempre teve ciência dos riscos à saúde associados ao consumo de cigarros e usou de livre arbítrio para tomar a decisão de começar e continuar a fumar mesmo sabendo de seus males; 2) não há conduta ilícita da apelante pois a produção e comercialização do cigarro são atividades lícitas, autorizadas e regulamentadas pelo Poder Público; 3) não houve negligência na advertência dos riscos relacionados ao tabaco; 4) não há nexocausai entre o fumo e a doença que acometeu a apelada, sendo vários os fatores de risco que podem tê-la conduzido ao problema. Além disso, ela teria que provar, e não o fez, que foi fumante por vários anos, que só consumiu cigarros fabricados pela Souza Cruz e que o consumo dos cigarros foi a causa de suas moléstias.

Recurso respondido (fl.1.465).

A ilustre e culta maioria está mantendo a bem lançada sentença. Em tese também concordo com ela, e a douta maioria, mas existem outras questões que entendendo devam ser consideradas e ficar registradas, como a falha dos cuidados da autora na preservação das provas e a falha governamental. Para isso, declaro minha divergência.

A apelante reitera o agravo retido de folha 1.027 interposto contra o despacho de folha 1.014, que inverteu os ônus da prova sem pedido expresso da autora e pouco antes da prolação da sentença. Embora conhecido, o agravo retido não é acolhido, pois não houve prejuízo para a apelante.

Na mesma decisão em que inverteu os ônus da prova, o digno magistrado reabriu a instrução e determinou a realização de nova perícia para esclarecer especificamente se houve nexocausai entre o uso do cigarro e a doença desenvolvida pela autora.

Novo laudo foi confeccionado, às expensas da apelante (fl. 1.062), seguido de manifestação de seu assistente técnico (fl. 1.123). Ambas as partes concordaram com o encerramento da instrução (fl. 1.134 e 1.136) e apresentaram memoriais (fl. 1.121 e 1.172).

Sobre o momento em que o Julgador pode determinar a inversão do ônus da prova, três são as oportunidades e as correntes correspondentes: antes do saneador, no saneador e na sentença. Ficou ele com esta última.

A corrente processual dominante estabelece que a inversão do ônus da prova seja matéria de mérito a ser apreciada e decidida quando do julgamento. Entretanto, inverter o ônus da prova ao final pode trazer prejuízo para a parte contrária. Alega essa vertente doutrinária e jurisprudencial que essa parte deve estar atenta a tal possibilidade. Em tese seria violado o princípio do contraditório, mas neste isso não ocorreu, pois a instrução foi reaberta.

Agora o mérito.

Louvável a diligência da digna magistrada sentenciante bem como seu extenso e profundo trabalho de argumentação, inclusive buscando suplantar a falta de elementos ofertados aos peritos. No entanto, dela se diverge.

A autora apelada teria sofrido amputação de ambas as pernas em razão de uma tromboangeite obliterante - TAO. Conforme farta literatura médica, essa moléstia, ou Mal de Buerger, é patologia na qual o tabagismo crônico é um dos aspectos mais consistentes.

Alegando haver fumado cerca de 40 cigarros Hollywood por dia, por aproximadamente 30 anos, a apelada culpa a apelante pelo acometimento e agravamento da doença que culminou na amputação de suas duas pernas.

Fundamenta suas alegações em relatório médico emitido pelo Hospital Municipal Dr. Carmino Caricchi, Módulo de Atendimento Tatuapé-Penha, em 3 de abril de 1998, relatando cinco internações (20.12.94, 01.02.95, 24.02.95, 02.05.95 e 24.05.96) e os seguintes diagnósticos: isquemia grave de membro inferior direito, arterite membro inferior direito, oclusão arterial aguda membro inferior direito, tromboangeite obliterante com necrose de pé direito (2o e 3o dedos). Em maio de 1995 foi submetida à amputação da coxa direita, no mês seguinte da perna esquerda e em junho de 1996 nova cirurgia para regularização dos cotos (fl. 15/17).

Não consta dos autos as partes extirpadas tenham sido submetidas a uma biópsia, ou preservadas para esse fim.

O primeiro laudo pericial elaborado pelo Dr. Mecenas Rodrigues Pedrosa concluiu “NÃO SER POSSÍVEL AFIRMAR QUE O QUADRO CLÍNICO APRESENTADO PELA AUTORA TENHA SIDO DE TROMBOANGEÍTE OBLITERANTE” (fl. 892). A avaliação vascular feita pelo perito Dr. Manoel Vieira Filho também concluiu “NÃO SER POSSÍVEL AFIRMAR QUE O QUADRO CLÍNICO APRESENTADO PELA AUTORA TENHA SIDO DE TROMBOANGEITE OBLITERANTE”, observando que “no caso da pericianda, fumante inveterada e de longa data e que parou de fumar ao ser aconselhada por seu facultativo ao perceber a gravidade dos sintomas, não se pode dizer que este não tenha tido influência na patologia por ela apresentada e nas conseqüências que desta advém. Tampouco se pode afirmar que a patologia por ela apresentada foi a tromboangeite obliterante desencadeada pelo fumo, pois o quadro clínico não é o comum a estes casos, bem como tratamento prestado e a evolução progressiva após a evolução do fumo. Não há referências no prontuário médico da pericianda de exames anátomo-patológicos ou biópsias que pudessem confirmar tal patologia ou o processo de aterosclerose, também não há menção de dosagem de homocisteína, realização de ecocardiograma para pesquisa de fontes embolígenas” (fl. 903).

Entendendo que o referido laudo não se prestava para o fim destinado, uma vez que um dos pontos controvertidos da demanda era a apuração de nexos causais entre o uso do cigarro e a doença desenvolvida pela autora, a ilustre magistrada sentenciante, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti Mendes, designou nova perícia que esclarecesse a questão, invertendo os ônus da prova (fl. 1.014).

O laudo pericial resultante (fl. 1.062), elaborado pelo Dr. Luís Ricardo Amaral Salles respondeu a todos os quesitos das partes e concluiu que vários fatores impossibilitam o diagnóstico de Doença de Buerger: 1) a apelada sofreu doença de evolução avassaladora causando a amputação do membro direito independentemente da interrupção do hábito de fumar; 2) a apelada sofreu acometimento das artérias proximais (artéria do abdome, aorta e da coxa femorais), o que não é característico de Doença de Buerger e apontam para outro diagnóstico; 3) dias depois da amputação da perna direita, a apelada começou a queixar-se de dores na perna esquerda e esta também foi amputada. Aponta como sendo esta a ocorrência mais importante em todo o caso, pois somente condições agudas levariam a perda tão rápida de um membro e algumas patologias poderiam levar a obstrução arterial AGUDA, como por exemplo, a EMBOLIA ARTERIAL, mas não ocorreria no caso de Doença de Buerger. Por fim, concluiu que a apelante não tem Tromboangeite Obliterante, mas não há como diagnosticar a doença da qual seria portadora por falta de dados.

Em vários relatórios médicos da época da amputação constou ser a autora portadora de Tromboangeite Obliterante. Contudo, como anotado em ambos os laudos periciais, não foram juntados todos os exames e relatórios médicos da apelada. Alguns prontuários médicos juntados são de homônimos (fl. 490) e os mais importantes, relativos ao diagnóstico inicial da doença são incompletos.

O diagnóstico inicial (isquemia grave de membro inferior direito) foi feito em 20.12.94 (fl. 497 e 499). Em 01.02.95 foi internada e teve o diagnóstico de “artente com anotação de possuir hipertensão arterial e diabetes, além de ser tabagista e ter parado de fumar dois meses antes (fl. 504 e 505). Na mesma ocasião teve o diagnóstico de “oclusão arterial aguda, arterite (?) e estenose aórtica” (fl. 522 e 523). Somente em 02.05.95 constou em um dos relatórios o diagnóstico de TAO, com dor intensa e isquemia na perna direita, com necrose do 4o e 5o dedos (fl. 555), mas não há referência a exames. Dias depois, em 16.05.95 sofreu amputação da coxa direita (fl. 563). Em 05.06.95, a apelada queixou-se de dores na perna esquerda (fl. 578) e no dia 21 esta também foi amputada (fl. 587).

Como se vê, embora tenha constado nesses relatórios ser ela portadora de TAO, o diagnóstico não pôde ser confirmado por perito judicial em razão da falta de biópsia nas partes extirpadas e de elementos (exames e relatórios médicos) além do próprio histórico e sintomas da apelada, que não corresponderiam a essa patologia.

Por outro lado, constata-se que a autora fumou desde os 07 anos de idade, segundo o laudo do IMESC (fl. 895), ou dos 10 anos, conforme o de folha 892. Consta que chegava a fumar de 40 a 60 cigarros por dia. Nasceu em 1955 e então teria começado a fumar por volta de 1965, época em que já se iniciava a condenação e combate ao tabagismo. Fumou exageradamente até as vésperas das amputações, em 1995. Não pode desconhecer que desconhecia os males do cigarro, até porque todas as carteiras vinham com

advertência e a mídia de longa data divulgava com frequência tais malefícios. Uma vez que a própria carteira de cigarro advertia para o mal que este causava, não pode dizer que foi induzida ou que fumou sem consciência do perigo.

Na esteira desse raciocínio, recorda-se que tais advertências passaram a ser colocadas nos maços de cigarro por imposição governamental. Como se sabe, o governo federal autoriza a produção de fumo e sua transformação em cigarro. Tanto tais culturas, como fábricas são autorizadas, registradas, legalizadas e pagam impostos. O próprio consumidor paga um imposto equivalente a 80%, aproximadamente, do valor do maço. A conclusão é a de que o Estado sabe que o cigarro é prejudicial à saúde, tem gastos vultosos com o atendimento aos fumantes como divulga com frequência, mas de forma cinica autoriza a produção e venda em troca dos vultosos impostos. Nesse caso, é o Estado que deve assumir a responsabilidade pela reparação reclamada pela apelada.

Nesse sentido, contra a obrigação de o fabricante indenizar, transcrevo as seguintes decisões:

DANO MORAL - Responsabilidade civil - Ex-fumante - Pretensão deduzida contra o fabricante do cigarro - Autor que fumou por cerca de cinquenta anos - Hipótese em que o demandante é pessoa instruída em que não se pode alegar ignorância quanto aos malefícios do fumo por falta de informações do fabricante - Obrigação de indenizar inexistente - Ação improcedente - Recurso não provido. (Apelação cível nº 437.901-4/9-00 - São Paulo - 7ª Câmara de Direito Privado - Relator Gilberto de Souza Moreira - 05/04/06 - Voto nº 8357)

DANO MORAL - Responsabilidade Civil - Consumidora de cigarros - Uso que constitui ato de vontade do fumante não podendo gerar obrigação à requerida - Inexistência à época em que a autora aderiu ao vício de obrigação por parte da publicidade em informar acerca dos malefícios do fumo, que, inclusive já seriam de conhecimento público - Indenizatória por danos morais e estéticos improcedente - Recurso desprovido. (Apelação 259.266-4/2-00 - Araraquara - 3ª Câmara "A" de Direito Privado - 26/05/06 - Relator José Augusto Genofre Martins - v.u. V 590)

RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano material e moral - Acidente vascular cerebral - Danos provocados pelo vício de fumar - Ausência de elementos reveladores que a ré tenha induzido o autor ao vício do cigarro - Indenização indevida - Decisão mantida - Recurso Improvido. (Apelação no.178.976-4/2-00 - Campinas - 2ª Câmara de Direito Privado - Relator Boris Kauffman - 08.02.06, V.U. voto nº 11.149)

RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano moral - Doença provocada pelo fumo - Indução ao uso de cigarro por propaganda enganosa - Inocorrência - Informação sobre os malefícios do vício - Desobrigatoriedade à época em que a autora adquiriu o hábito de fumar - Hipótese, ademais, em que não comprovado o consumo exclusivo de cigarros da ré - Ação improcedente - Recurso não provido. (Apelação cível no. 233.743-4/0-00 - Campinas - 10ª Câmara de Direito Privado - Relator Carvalho Viana - 16.09.05 - V.U. - Voto nº 472)

INDENIZAÇÃO - Ação movida por doente de câncer em face de fabricante de cigarros - Inexistência de prova de consumo exclusivo de produtos da ré - Inexistência de prova de nexo entre a doença e o tabagismo, apesar do truísmo de que cigarro causa câncer - Adesão espontânea ao vício - Dever de indenizar não reconhecido - Ação improcedente - Recurso não provido. (Apelação cível no. 110.454-4 - São Paulo - 4ª Câmara de Direito Privado - Relator Narciso Oriendi - 22.02.01 - V.U.)

AÇÃO INDENIZATORIA - Interposição por doente de câncer na laringe contra fabricante de cigarros - Nexo causal entre a doença e o tabagismo não demonstrado, apesar do truísmo de que o cigarro provoca tumores malignos e inexistência de prova de consumo exclusivo dos produtos da fabricante - Tabagismo, ademais, que não foi imposto ao autor, que aderiu espontaneamente ao vício - Verba indevida (TJSP). (RT 89/220)

INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Fabricante de cigarros - Ação movida por doente de câncer - Inexistência de prova de consumo exclusivo de produtos da ré - Nexo causal entre a doença e o tabagismo, apesar do truísmo de que o cigarro causa câncer, não demonstrado - Adesão espontânea ao vício - Verba não devida - Ação julgada improcedente - Recurso não provido. (JTJ 240/100)

Isto posto, pelo meu voto, *nego provimento ao agravo retido e dou à apelação.*

Silvio Marques Neto
Relator

70015107600 (TJ/RS)

Número do Processo:	70015107600 2006/CÍVEL
Relator:	Tasso Caubi Soares Delabary
Relator do Acórdão:	Tasso Caubi Soares Delabary
Data do Julgamento:	27/08/2008

APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. REPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, ESTÉTICOS E MORAIS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. TABAGISMO. CARDIOPATIA ISQUÊMICA. INFARTO. PROPAGANDA ENGANOSA. DEFEITO DO PRODUTO. NEXO DE CAUSALIDADE. PERICULOSIDADE ÍNSITA DO PRODUTO E O LIVRE-ARBITRIO DO ATO DE FUMAR.

1- Há responsabilidade objetiva pelos danos causados à saúde do fumante da empresa produtora de cigarros, quando, como no caso em tela, resta demonstrada, pela farta prova carreada aos autos, a relação de causa e efeito entre o defeito do produto e a doença do consumidor (cardiopatia isquêmica). Aplicação do CDC.

2- Provas concludentes de que a autora adquiriu o hábito de fumar a partir de poderoso condutor do comportamento humano consistente em milionária e iterativa propaganda da ré que, ocultando do público os componentes maléficos à saúde humana existentes no cigarro, por décadas, associava o sucesso pessoal ao tabagismo.

3- Tese da ré consistente na ínsita periculosidade do produto-cigarro e do livre-arbitrio no ato de fumar que, no caso concreto, se esboça ante o comprovado poder viciante da nicotina, a ausência de informações precisas quanto aos componentes da fórmula do cigarro e de qual a quantidade supostamente segura para o seu consumo, bem ainda ante a enorme subjetividade que caracteriza a tese, particularmente incompatível com as normas consumeristas que regem a espécie.

4- DANOS MATERIAIS E ESTÉTICOS. Incomprovadas nos autos as despesas com remédios e/ou tratamento. A autora foi tratada e internada através do SUS. Igualmente improvable o dano estético. Pensionamento mensal indevido, eis estar a autora atualmente trabalhando, sem evidências de incapacidade laboral, consoante as conclusões da perícia médica.

5- DANOS MORAIS. Vinculam-se aos direitos da personalidade e se traduzem num sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, causando alterações psíquicas, prejuízos afetivos e/ou sociais, prescindindo de comprovação, pela natureza in re ipsa, decorrentes do próprio fato.

6- QUANTUM INDENIZATÓRIO. Reconhecida a concorrência de culpa, o valor a título de danos morais, sopesados os critérios de fixação, vai estabelecido em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), corrigidos pelo IGP-M e acrescidos de juros de mora de 12% ao ano, a contar da data deste julgamento.

7- Afastada a condenação dos patronos da autora por litigância de má-fé.

8 - Sucumbência pela requerida. À UNANIMIDADE, DESPROVERAM O AGRAVO RETIDO E, POR MAIORIA, PROVERAM PARCIALMENTE O APELO.

APELAÇÃO CÍVEL
Nº 70015107600
CLEOMAR TERESINHA GONCALVES
SOUZA CRUZ S/A

NONA CÂMARA CÍVEL
COMARCA DE PASSO FUNDO
APELANTE
APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, *em negar provimento ao agravo retido e, por maioria prover parcialmente o apelo.*

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES.^a MARILENE BONZANINI BERNARDI E DES. ODO NE SANGUINÉ.**

Porto Alegre, 27 de agosto de 2008.

DES. TASSO CAUBI SOARES DELABARY,
Relator.

RELATÓRIO

DES. TASSO CAUBI SOARES DELABARY (RELATOR)

Trata-se de ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos ajuizada por CLEOMAR TERESINHA GONCALVES contra SOUZA CRUZ S/A – CIA. DE CIGARROS, partes qualificadas e representadas nos autos.

Alegou a autora que começou a consumir cigarros aos 13 anos de idade e que fumou durante cerca de 26 anos os cigarros fabricados pela requerida.

Afirmou que há quatro anos começou a ter problemas de saúde, tendo sido submetida a três cateterismos e uma angioplastia. Em razão da intervenção cirúrgica parou de fumar por três meses, muito embora tal atitude não tenha surtido efeito algum, pois sua saúde já havia sido abalada.

Aduz que em razão da publicidade abusiva e enganosa foi levada a consumir um produto que não era seguro, sendo que atualmente se encontra em estado físico debilitado, precisando tomar medicamentos pelo resto da vida.

Postula reparação por danos materiais referentes aos custos do tratamento e demais despesas, além de danos morais, pois a doença causada pelo cigarro foi responsável pela interrupção da atividade que regularmente exercia, qual seja, manicure.

Citada, a demandada argüi preliminarmente a inépcia da inicial por ausência de causa de pedir, fundamentando no fato da autora não ter mencionado qualquer ato ilícito que pudesse dar suporte ao pedido, pois é notório o objeto do comércio da empresa.

No mérito, afirma não ser responsável pela enfermidade desenvolvida pela autora, pois que segundo a responsabilidade subjetiva e a teoria da culpa não existiu ilicitude ou culpa na sua conduta.

Argumenta que o consumo de cigarros não foi a causa exclusiva da doença desenvolvida pela autora e impugna os pedidos de danos materiais e morais. Requer a improcedência da ação.

Agrava retidamente da decisão que desconsidera a inépcia da inicial por inexistência de causa de pedir, a inépcia do pedido indenizatório e do pensionamento mensal, considerando não haver qualquer dos vícios previstos no art. 295, do Código de Processo Civil, sendo clara a causa de pedir decorrer dos malefícios provocados pelo fumo, cuja culpa atribui à ré por vender no mercado produto danoso.

Sobreveio sentença, julgando improcedente a presente ação de indenização, aduzindo, em síntese, não estarem presentes os requisitos da responsabilidade civil, pois não restou suficientemente comprovado o nexo de causalidade entre a conduta da ré e os danos sofridos pela autora.

Entendeu que a responsabilização objetiva pleiteada pela autora “*não afasta a necessidade de positivação do nexo causal entre os danos e a ação praticada, haja vista o caderno consumerista não ter adotado a Teoria do Risco Integral – o que atestam as excludentes previstas no art. 12, § 3º e art. 14, § 3º, ambos do Código de Defesa do Consumidor – mas sim, a Teoria do Risco da Atividade.*”

Assim, em virtude do caso concreto ter sido enquadrado no sistema da responsabilidade civil, a culpa da ré deveria ter sido provada pelo autor (art. 333, I, do Código de Processo Civil), o que não restou devidamente demonstrado.

Referiu que não houve prova suficiente para demonstrar o consumo de cigarros produzidos pela ré, fragilizando ainda mais a tese da autora e que o hábito de fumar consiste no exercício do livre arbítrio e que esta jamais tentou parar de fumar.

Fundamentou o digno julgador que a atividade da empresa demandada não é ilícita e que não há vedação legal para o consumo de cigarros.

Em razões de recurso, sustenta a autora/apelante que foi induzida a consumir cigarros devido a forte e sedutora publicidade que, com todo seu poderio, chamava atenção para seu produto, criando uma atmosfera de charme, sucesso e *status* para agradar, convencer e atingir seu público alvo, deixando de advertir acerca dos malefícios que o consumo daquele produto ocasionaria.

Garante a apelante que demonstrou o nexo de causalidade entre o vício de fumar e a doença que lhe acometeu, qual sejam, problemas cardíacos, comprovados por laudo técnico. Aduz ter comprovado os danos físicos, psíquicos e econômicos, bem como a vinculação do consumo de cigarros com a doença.

Diz tratar-se de um consenso médico o fato de que o cigarro é o responsável por uma série de doenças, sendo que a ré somente passou a advertir sobre os malefícios do cigarro a partir de 1990, por imposição do Ministério da Saúde – após o advento do Código de Defesa do Consumidor – que determinou constasse nas embalagens de cigarro advertência dos malefícios causados pelo cigarro.

Refere, ainda, que a omissão de advertir e a publicidade enganosa são os elementos capazes de ensejar o dever de indenizar, pois durante todo o período em que se fomentou – via propagandas massivas – o consumo de cigarros, deixou-se de lado, ou pelo menos não houve o mesmo empenho, o dever de advertir acerca das graves conseqüências a que está exposta a pessoa que decide fumar, deixando de referir toda a problemática que envolve a nicotina e seus efeitos viciantes.

Aduz que o poder de viciar – o fato de o cigarro produzir dependência – é admitido pela requerida no momento em que esta apõe as advertências sobre os malefícios do cigarro em suas embalagens e propagandas.

Em suma, atribui culpa à demandada, nas modalidades de imperícia, imprudência e negligência, consistente na fabricação e colocação no mercado de um produto nocivo à saúde, utilizando-se das táticas mais agressivas de venda e publicidade para alcançar tal objetivo.

Alega que os problemas cardíacos foram causados pelo consumo de cigarros e que o infarto do miocárdio guarda relação com o tabagismo, além da angina e da cardiopatia isquêmica.

Insurge-se, ainda, quanto à condenação do patrono da parte autora às penas de litigância de má-fê expondo que o artigo que a prevê não se estende aos procuradores, mas tão só as partes. Salientou que o órgão responsável para puni-lo é a Ordem dos Advogados do Brasil, via processo administrativo.

Por fim, prequestionou a matéria ventilada nas razões de apelo, pedindo o provimento para o fim de cassar a sentença e julgar totalmente procedente a demanda.

Preparado e contra-arrazoado o apelo, subiram os autos ao conhecimento desta Corte e vieram-me conclusos para julgamento.

Não há intervenção do Ministério Público.

É o relatório.

VOTOS

DES. TASSO CAUBI SOARES DELABARY (RELATOR)

Colegas!

O apelo preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

CLEOMAR TERESINHA GONCALVES recorre da sentença de fls. 1208/1226 que julgou improcedente a ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos ajuizada contra SOUZA CRUZ S/A – CIA. DE CIGARROS.

AGRAVO RETIDO

Antes de ingressar no mérito, contudo, cumpre apreciar o agravo retido (fls. 426/438, vol. 3º) interposto tempestivamente pela ré da decisão de fls. 420/420v (vol. 3º) que afastou todas as preliminares suscitadas, quais sejam, inépcia da inicial por inexistência de causa de pedir; inépcia do pedido de indenização de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) por falta de substanciação e decorrente impossibilidade de compreensão; e, inépcia do pedido de pensão por falta de indicação da causa de pedir e por não decorrer logicamente dos fatos narrados na inicial.

O agravo retido não merece ser acolhido.

Determina-se a causa de pedir não apenas com a indicação da relação jurídica de que se trata, mas também com a indicação do respectivo fato gerador.

Adotou, assim, o Código, não a teoria da individualização (bastaria a indicação da relação jurídica correspondente, especialmente nas ações reais – causa de pedir imediata), mas a da substanciação (os fatos integram a causa de pedir – causa de pedir mediata, fática ou remota).

Exige-se a indicação do fundamento jurídico do pedido, não a indicação do dispositivo legal correspondente.

Como ocorreu no caso dos autos, ou seja, a autora atribuiu à empresa ré a culpa pelos prejuízos à sua saúde em decorrência dessa colocar no mercado produto danoso, tendo estimulado o consumo de cigarros através de massiva propaganda.

Quanto ao valor postulado na inicial, o juízo a quo, afastou a preliminar, saneando: “... *Por outro lado o valor postulado na inicial é apenas estimativo já que não vincula o juízo, ainda que procedente o pedido. ...*”, e o fez pela simples circunstância de que sua valoração subjetiva não corresponde à valoração igualmente subjetiva do juízo.

Desta forma, como tal avaliação é subjetiva, a autora entendeu que o valor apresentado na exordial seria adequado para indenizar os malefícios causados pelo fumo.

Portanto, nego provimento ao agravo retido.

MÉRITO

Relato dos fatos e fundamentos conforme o pedido inicial:

A autora, segundo alegado na inicial, iniciou a fumar e contraiu o hábito aos 13 anos de idade, isso por volta dos anos de 1972 e 1973, pois nascida em 27/06/1960, conforme a certidão de fl. 18, consumindo cigarros das marcas MINISTER, CHARME e FREE, produzidas pela demandada.

Por volta do ano de 1995, quatro anos do ingresso do pedido inicial, começou a apresentar sérios problemas de saúde, referente ao que está em tratamento de saúde até os dias atuais, ficando constatado pelo médico que a autora é mais uma vítima do cigarro, e que a mesma tem que fazer tratamento pelo resto dos dias de sua vida, já tendo realizado três procedimentos de cateterismo e uma angioplastia.

O médico advertiu a autora que deveria, urgentemente, parar de fumar sob pena de agravar o quadro e colocar em risco a própria vida, porém, a requerente entrou em profunda depressão, pois já havia 26 anos que contraíra o vício e não conseguia abandoná-lo.

Após três meses a autora conseguiu abandonar o vício mas resultou com sérias doenças, como falhas no coração, tudo em decorrência do consumo de cigarros, que afetou e contaminou o coração da demandante, causando danos e deixando sérias seqüelas que poderão ser contatadas pela perícia.

Em razão do vício contraído e das doenças adquiridas, teve que mudar completamente seu estilo de vida, necessitando de cumprir um rigorosa dieta, submeter-se a tratamento médico constante, com internações hospitalares, e fazer ingestão de medicamentos pelo resto de sua vida.

Invoca o Código do Consumidor para configurar a irregularidade da conduta da demandada ao colocar o produto no mercado, pois nenhum produto pode acarretar danos ou prejuízos aos consumidores e não é permitida a venda de produtos que causem a

dependência ou doenças e seus usuários.

Alega que trabalhava em um salão de beleza e auferia em média uma renda de R\$ 800,00, mas em decorrência da doença contraída através do uso do cigarro ficou impossibilitada de continuar seu trabalho.

Pede a condenação da demandada ao pensionamento mensal no valor equivalente a dez (10) salários mínimos, pois constantemente tem que ser internada em hospitais e para aquisição de remédios que tem que utilizar pelo resto da vida, bem como indenização a título de danos morais no valor de R\$ 2.000.000,00. Requereu a antecipação da tutela para que a demandada fosse compelida a depositar o valor de R\$ 40.000,00 para cobrir as despesas com o tratamento médico, hospitalar, e aquisição de medicamentos, pois é pobre e não tem condições de arcar com tais despesas.

Para o exame do mérito, necessário, ainda, se faça um breve relato da história clínica da autora, consoante a farta prova documental acostada aos autos:

À fl. 719 foram diagnosticadas cardiopatia isquêmica e angina de peito. Observa-se da fl. 721 o diagnóstico de cardiopatia isquêmica e HAS (hipertensão arterial sistêmica). À fl. 723 têm-se o registro de que já em 1999 sofria a autora, há 6 (seis) anos, de angina, que a levou a submeter-se à angioplastia em coronária esquerda.

Em novembro de 1997 a autora sofreu infarto agudo do miocárdio (fl. 790), sendo encaminhada à CTI do Hospital da Cidade de Passo Fundo/RS, onde se verifica da ficha de baixa hospitalar da fl. 794 a anotação: “*Pate tabagista*”.

Assim, resta inquestionável na prova produzida nos autos que a autora, efetivamente, contraiu o hábito de fumar entre os 12 e 13 anos de idade, isso no período entre 1972 e 1973, atingindo o consumo de até três maços de cigarros por dia.

Também resulta incontroverso nos autos que a demandante foi acometida, a partir de 1997, de doenças cardíacas, como angina de peito e cardiopatia isquêmica, associadas ao uso do tabaco, tendo sido paciente de dois procedimentos de cateterismo e uma angioplastia.

Muito embora as insistentes e extensas argumentações da demandada, visando descaracterizar a doença cardíaca que acomete a autora como originada, ou agravada pelo consumo de cigarros, e não desmerecendo os percucientes laudos apresentados pelos ilustres assistentes técnicos e, ainda, pedindo vênias à ilustre prolatora da sentença, de cujo entendimento divirjo, tenho que a prova pericial judicial produzida nos autos é contundente ao apontar o tabagismo como causa, senão a única, pelo menos a causa concorrente principal para o desenvolvimento e agravamento da moléstia que atinge a demandante.

Relativamente à **responsabilidade da ré**, a postulação da reparação dos danos morais tem fulcro no art. 159, do Código Civil de 1916, atualmente art. 186 do Novo Código Civil, dispondo que, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

No caso concreto, a autora fuma desde os 12 ou 13 anos de idade, ou seja, desde 1972/1973, tendo em vista nascida em 27 de junho de 1960 (fl. 18). Até os 35 anos manteve o hábito, chegando a fumar 3 (três) cartelas de cigarros por dia, até que em 1997 sofreu infarto do miocárdio. O Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078/90), entrou em vigor 180 dias (seis meses) após sua publicação, ou seja, em 12 de março de 1991. A relação de consumo entre a autora e a empresa de tabaco Souza Cruz S/A teve início na vigência do Código Civil de 1916 e perdurou após a entrada em vigor do CDC.

As normas jurídicas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública por manifestação expressa do legislador, devendo ser aplicadas de forma imediata aos contratos em curso e aos fatos ainda não consumados e não integrantes do patrimônio do titular do direito frente o interesse público¹.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça distingue duas situações: (a) o Código de Defesa do Consumidor é inaplicável aos contratos firmados anteriormente à sua vigência. O só fato de se constituir lei de ordem pública é insuficiente para se admitir a retroatividade²; (b) tratando-se de contratos de trato sucessivo, em que persiste a continuação temporal do contrato, inclusive na

1 MOREIRA, Celso Fernandes. Código de Defesa do Consumidor. Direito Intertemporal, Aplicação imediata aos contratos em curso. Revista do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Maio/agosto, 1991. p. 67-73.

2 REsp 96988 / SP, 4ª T., STJ, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 06/09/2005, DJ 17/10/05, p.295; AgRg no RESP 489858/SC, rel. Min. Castro

vigência do CDC, aplicável o Código de Defesa do Consumidor, sem ofensa ao princípio da irretroatividade das leis, previsto no art. 6º, 'caput', da Lei de Introdução ao Código Civil¹.

Desta maneira, como o hábito de fumar fora adquirido anteriormente, e a relação consumerista persistiu após a entrada em vigor do CDC, inclusive o diagnóstico de cardiopatia isquêmica e a conseqüente hospitalização da demandante em decorrência de infarto agudo do miocárdio ocorreu em plena vigência dessa legislação protetiva, aplicável o sistema de responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Por tais razões, reconheço a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto.

Quanto às particularidades do **produto** (cigarro) fabricado pela ré e a caracterização dos defeitos (vícios) por ele apresentado, capaz de autorizar a responsabilidade do produtor pelos danos causados aos consumidores, permito-me transcrever trecho do brilhante voto do e. Desembargador Odone Sanguiné, prolatado na Apelação Cível nº 70016845349, cuja composição integrei, inclusive o acompanhando nas razões expendidas, as quais peço vênia para adotar como fundamento, verbis:

“A análise da licitude da conduta da ré, em fabricar e comercializar cigarros, não importa ao deslinde do feito, para o que imprescindível é examinar as particularidades do produto colocado no mercado, seja no plano interno, seja no plano externo, conforme bem preleciona o Desembargador Paulo de Tarso Sanseverino², verbis: “danos causados ao consumidor não decorrem apenas de defeitos em si do produto ou serviço, visto que, muitas vezes, estes não apresentam, materialmente, qualquer falha. A defeituosidade situa-se num plano externo em relação ao produto ou serviço, resultando de informações deficientes sobre sua correta utilização ou da falta de advertência sobre os riscos por eles ensejados. Apresenta-se como uma modalidade especial do defeito de projeto. O defeito formal ou de informação caracteriza-se exatamente pela falta ou insuficiência de instruções sobre a correta utilização do produto ou do serviço, bem como sobre os riscos por ele ensejados. A compreensão do defeito de informação exige que se observe a importância conferida ao dever de informação no direito privado moderno, bem como a sua repercussão correta sobre a responsabilidade do fornecedor”.

De pronto, registro que a ilicitude do produto não está na potencialidade que o cigarro detém de causar doenças diversas nas pessoas, ou, até mesmo, matá-las. Adianto que os atos ilícitos - sem caráter exaustivo - configuram-se, conforme se verá a seguir: (a) na omissão das fornecedoras de tabaco em informar, de maneira adequada e clara, sobre as características, composição, qualidade e riscos que o cigarro poderá gerar aos seus consumidores (vício de informação); (b) na publicidade insidiosa e hipócrita difundida há tempos pelas fornecedoras de tabaco, vinculando o cigarro a situações como sucesso profissional, beleza, prazer, saúde, requinte etc.; (c) no fato de as indústrias do fumo inserirem no cigarro substância que acarreta dependência aos seus utentes (nicotina), obrigando-os a consumir mais e mais o produto nocivo, não por uma escolha consciente, mas em razão de uma necessidade química³.

*De qualquer maneira, como se mencionará adiante, a responsabilidade civil decorre também desde a perspectiva do princípio da boa-fé vigente no Código Civil desde 1916 e torna ilícita a comercialização de produto inerente ou potencialmente perigoso à saúde em virtude de ato ilícito consistente na negligência decorrente da omissão da publicidade advertindo sobre os malefícios graves e até mortais do consumo de cigarros.
(...)”.*

Quanto a **responsabilidade objetiva** da demandada pelo defeito do produto, igualmente me socorro dos fundamentos do percuciente voto do ilustre Desembargador, que compila autorizada doutrina, verbis:

“(…)”

Filho, j. 29/10/2003, DJ 17/11/03

1 RESP 175288/SP, 3ª T., STJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 26/03/2002, DJ 18/11/02, p.209; REsp 193584 / RJ, 3ª T., STJ, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 29/03/2005, DJ 18/04/05, p.303; Apelação Cível n. 2001011097081-5, 2ª Turma Cível, TJDF, rel. Des. Waldir Leôncio Júnior, j. 04/04/2005.

2 VIEIRA SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e a defesa do fornecedor. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 139.

3 DELFINO, Lúcio. Responsabilidade Civil das indústrias Fumígenas sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, nº 51, jul/set 2004, p. 172-197.

O CDC eliminou a clássica summa divisio entre responsabilidade contratual e extracontratual (aquiliana pelo fato ilícito) e conferiu um tratamento unitário ao tema do fundamento da responsabilidade civil do fornecedor que está em função da existência de outro tipo de vínculo: relação jurídica de consumo, contratual ou não¹. Trata-se, para um setor doutrinário, de uma espécie de responsabilidade objetiva cujo pressuposto fundamental é a existência de um defeito no produto, mas não pelo risco da atividade; defeito este que após constatado é imputado objetivamente ao fornecedor, fulcrada no profissionalismo dos fornecedores e no defeito efetivamente existente, que afasta qualquer alegação de que o defeito seria, por exemplo, oriundo de caso fortuito ou de força maior quando da atividade do fornecedor (corte de energia, erro dos prepostos, etc.)². Enquanto que, para outro segmento, o regime de responsabilidade objetiva do CDC deve aplicar-se a todas as hipóteses de relação de consumo quando surgir a questão do dever de indenizar o consumidor pelos danos por ele experimentados e o fundamento da indenização integral do consumidor, constante do art. 6º, VI, do CDC, é o risco da atividade ou teoria do risco criado, que encerra o princípio da responsabilidade objetiva praticamente integral, já que insuscetível de excluir do fornecedor o dever de indenizar mesmo quando ocorrer caso fortuito ou força maior³.

A responsabilidade objetiva prevista no CDC – aplicável às três hipóteses de defeito – exige a ocorrência de três pressupostos: (1º) a existência do defeito: de criação ou concepção (projeto ou design e fórmula), produção ou comercialização (fabricação, construção, montagem, manipulação e acondicionamento) ou informação (publicidade, apresentação, informação insuficiente ou inadequada) por parte do fornecedor como estabelece o art. 12, caput, e incisos I, II, e III, do Código, capazes de causar danos à saúde ou segurança do consumidor. Presentes quaisquer desses defeitos indicados no art. 12, do CDC, detecta-se a existência do fato do produto; (2º) a existência do dano: moral e/ou patrimonial, englobando os lucros cessantes eventualmente sofridos pela vítima; (3º) o nexo causal – requisito universal a qualquer ação de responsabilidade civil – entre o defeito do produto e o dano, e não só entre o dano e o produto: comprovação de que o dano foi causado pelo defeito do produto e que tal defeito teve origem na fábrica ou no estabelecimento comercial onde foi adquirido o produto, configurando defeito de criação, produção ou informação⁴.

Por sua vez, o fabricante ou fornecedor deverá provar os fatos impeditivos, extintivos e modificativos do direito da vítima, é dizer, aqueles enumerados, em princípio, em numerus clausus, no parágrafo terceiro do art. 12, do CDC, a saber: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora o haja colocado no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Nos termos do CDC, a excludente da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro somente será aplicável ao caso concreto quando apenas o consumidor ou terceiro for o culpado⁵. Se houver o defeito do produto e a concorrência entre este e a culpa do lesado ou de terceiro, esta deixa de ser exclusiva e não se presta como eximente de responsabilidade, quando muito servindo como minorante, a exemplo das legislações européias⁶. Assim, como afirma Herman Benjamin, “se o comportamento do consumidor é o único causador do acidente de consumo, não há falar em nexo de causalidade entre a atividade do fabricante. Entretanto, se houver concorrência entre o comportamento da vítima e um defeito existente no produto, a excludente não mais se aplica”⁷. Isso não impede, contudo, considerar o princípio venire contra factum proprium, de modo que, provada a culpa concorrente do consumidor, resulta incoerente a condenação do fornecedor

1 CALIXTO, Marcelo Junqueira. A Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento, op.cit., p.107.

2 CALIXTO, Marcelo Junqueira. A Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento, op.cit., pp.108-126; MARQUES, Cláudia Lima/HERMAN V. BENJAMIN, Antônio/MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, op.cit., p.263.

3 NORRIS, Roberto. Responsabilidade Civil do Fabricante pelo Fato do Produto, Forense, Rio de Janeiro, 1996; SÉLLOS, Viviane Coêlho de. Responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto, op.cit., pp.135-136.

4 MARINS, James. Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto, op.cit., p. 108-111 e 144; SÉLLOS, Viviane Coêlho de. Responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto, op.cit., p.136; CALIXTO, Marcelo Junqueira. A Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento, op.cit., pp.139-140; NORRIS, Roberto. Responsabilidade Civil do Fabricante pelo Fato do Produto, op.cit., p.83; MARQUES, Cláudia Lima/HERMAN V. BENJAMIN, Antônio/MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 2ª ed., RT, 2006, p.261.

5 NORRIS, Roberto. Responsabilidade Civil do Fabricante pelo Fato do Produto, op.cit.,p.88.

6 MARINS, James. Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto, op.cit., p.152.

7 BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, op.cit., p.66.

à indenização integral¹, cabendo atenuar a responsabilidade do fornecedor². Para o acolhimento da excludente de responsabilidade civil da ‘culpa exclusiva da vítima’, é necessário, contudo, que a conduta do agente não a tenha provocado, é dizer, se a vítima, sem ter sido a causadora única do dano, concorre com o agente para o resultado, há participação concorrente e não exclusiva³. O Superior Tribunal de Justiça também declarou que “a culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor . Art. 12, § 2º, III, do CDC”. Conforme o voto do Ministro do STJ, hoje aposentado, Ruy Rosado de Aguiar; “proibir a ponderação da culpa concorrente é orientação que leva necessariamente a uma perda de justiça, tanto maior quanto maior a culpa da vítima. Por isso, concluo que se pode ponderar; no âmbito do sistema de responsabilidade instituído pelo CDC, a culpa concorrente da vítima” (REsp 287849/SP, 4ª T., STJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17/04/2001, DJU de 13/08/01, p.165).

Por outro lado, a informação adequada e clara sobre os riscos do produto constitui um direito básico do consumidor contemplado no inciso III, do art. 6º, do CDC, não podendo ser negligenciada pelo fornecedor sob pena de responsabilidade pelo dano verificado (arts. 8º a 10, do CDC)⁴.

Convém lembrar que ciente de que a produção em série é incapaz de eliminar os riscos apresentados pelos produtos, mas, ao revés, é capaz de potencializá-los (riscos inevitáveis do consumo), o legislador só proíbe que os fornecedores introduzam no mercado produtos que apresentem riscos além daqueles considerados normais e previsíveis, devendo, entretanto, sempre alertar os consumidores dos riscos presentes nos produtos (art. 8º, CDC). Este dever de informar também se aplica aos riscos potenciais apresentados pelo produto, nos termos do art. 9º, do CDC⁵.

Os defeitos de informação são extrínsecos por centralizar-se nas advertências ou instruções que acompanham ou deviam acompanhá-lo. A regra aceita é que uma advertência é suficiente se oferece informação sobre perigos conhecidos de acordo com a tecnologia disponível e o conhecimento existente, porém, isso, sempre que dita informação esteja concebida de tal forma que resulte apta para alterar o comportamento humano. A mera informação não é suficiente para advertir; mas tão importante como o fato da sua existência será a forma em que seja ministrada e, tudo isso, avaliado em função ao perigo em relação ao qual de pretende advertir; as circunstâncias de uso do produto e os possíveis usuários aos que vai dirigida. Assim, não basta que haja folhetos explicativos com instruções e advertências, mas que também deverão ter-se em conta detalhes como o tipo de letras usadas, o desenho dos pictogramas e o lugar do produto ou embalagem onde os mesmos vão colocados. Ademais, o fabricante deverá ter em conta não somente o uso, mas os possíveis abusos previsíveis que possa sofrer o produto em questão; muito em particular quando estes estão dirigidos a crianças ou a outros grupos mais desprotegidos como, por exemplo, anciãos. Em relação aos produtos inevitavelmente inseguros, o produto não será considerado inseguro ou defeituoso sempre e quando vá acompanhado das instruções e advertências adequadas tanto sobre seu uso (e ainda sobre limites do mesmo e abusos previsíveis), como sobre os perigos relacionados com o mesmo. A regra básica é que não devem colocar-se em circulação produtos perigosos, porém, quando isso não for possível e o produto contasse com uma elevada utilidade social, resulta necessário anexar as informações pertinentes⁶.

Em relação à sua segurança, há três tipos de produto: (1º) de periculosidade inerente (ou latente ou anormalmente perigoso), incapaz de ser eliminada de alguns produtos sem a supressão do próprio produto – hipótese em que se o consumidor puder prevê-la, inexistirá vício de qualidade por insegurança; (2º) de periculosidade adquirida – que se caracteriza pela sua imprevisibilidade para o consumidor, que, se a conhecesse, não teria adquirido o produto. É a existência de um defeito que transforma a periculosidade inerente em periculosidade adquirida; (3º) de periculosidade exagerada – produtos de periculosidade inerente, cujo potencial danoso é tamanho que o requisito da previsibilidade não consegue ser totalmente preenchido pelas informações prestadas pelos fornecedores e que, por isso, sequer deveriam ser introduzidos no mercado, uma vez que os custos não compensam os benefícios⁷. Na lição de Hermann Benjamin, um dos autores do CDC e seu principal doutrinador, “em matéria de proteção da saúde e segurança dos consumidores vige a noção geral da expectativa legítima. Isto é, a idéia de que os produtos e serviços colocados no mercado devem atender

1 NORRIS, Roberto. Responsabilidade Civil do Fabricante pelo Fato do Produto, op.cit., pp.88-89.

2 CRUZ, Gisela Sampaio. O problema do nexo causal na responsabilidade civil, op.cit.,pp.174-175.

3 CRUZ, Gisela Sampaio. O problema do nexo causal na responsabilidade civil, op.cit.,pp.169-172.

4 CALIXTO, Marcelo Junqueira. A Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento, Renovar, Rio de Janeiro, 2004, p. 244, nota 389.

5 CALIXTO, Marcelo Junqueira. A Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento, op.cit., pp.126-127.

6 MOLINERO, Ramiro José Prieto. El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos, op.cit., pp.173-174.

7 CALIXTO, Marcelo Junqueira. A Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento, op.cit., pp. 127-130.

as expectativas de segurança que deles legitimamente se espera (...). A periculosidade integra a zona da expectativa legítima (periculosidade inerente) com o preenchimento de dois requisitos, um objetivo e outro subjetivo. Em primeiro lugar, exige-se que a existência da periculosidade esteja em acordo com o tipo específico de produto ou serviço (critério objetivo). Em segundo lugar, o consumidor deve estar total e perfeitamente apto a prevêê-la, ou seja, o risco não o surpreende (critério subjetivo). Presentes esses dois requisitos, a periculosidade, embora dotada de capacidade para provocar acidentes de consumo, qualifica-se como inerente e, por isso mesmo, recebe tratamento benevolente do direito. Vale dizer: inexistente vício de qualidade por insegurança”¹. O art. 12, do CDC, estabelece a responsabilidade objetiva do fabricante ou fornecedor, pelo fato do produto, se introduzir no mercado os produtos anormalmente perigosos ou de periculosidade inerente ou latente². O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu o dever de indenizar os danos, não aplicando em favor do fabricante a alegação de periculosidade inerente quando este não prestou a devida informação (REsp 237964/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª T., STJ, j. 16/12/1999, DJ 08/03/2000, p.127).

Por sua vez, o § 1º, do art. 12, do CDC, após salientar que só há responsabilidade civil do fornecedor se houver defeito no produto introduzido no mercado, dispõe, a título exemplificativo, que “o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – sua apresentação; II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi colocado em circulação”. Portanto, o conceito de defeito não se relaciona propriamente com a inaptidão do produto para seus fins, mas, antes, com a violação de uma legítima expectativa de segurança, que é capaz de provocar danos aos consumidores³. O ‘critério da expectativa legítima dos consumidores’, no entanto, não é aquela individual do consumidor-vítima (que sofreu o dano), mas é estabelecido tendo por base a concepção coletiva da sociedade de consumo (critério do ‘homem médio’), é dizer, o produto será considerado defeituoso se ocasionar, por exemplo, uma determinada doença na generalidade dos consumidores⁴, tal como se demonstrará adiante ao explanar sobre o elevado risco de câncer e outras enfermidades graves para a saúde do fumante e sua aptidão para produzir neoplasia pulmonar na falecida vítima [no caso dos autos cardiopatia isquêmica].

A responsabilidade objetiva do fornecedor, aplicável em todas as hipóteses antes mencionadas, e que prescinde da indagação de sua conduta e da previsibilidade ou imprevisibilidade dos riscos, reforçando-se o caráter defeituoso do produto uma vez que houve reversão de uma legítima expectativa de segurança, difere daquela prevista no § 2º, do art. 12, do CDC, que pressupõe que os riscos apresentados pelo produto foram comunicados aos consumidores, que não podem alegar seu desconhecimento. Se houve omissão poderá ficar configurado um defeito de informação, gerando a responsabilidade do fornecedor. O desenvolvimento posterior do produto terá a finalidade justamente de reduzir estes riscos já conhecidos. Mas se os riscos são desconhecidos pelo fornecedor (rectius, pela ciência) e, em conseqüência, também pelo consumidor, vindo a ser descobertos mais tarde, temos uma hipótese de riscos do desenvolvimento, a desencadear a responsabilidade do fornecedor, pois houve violação da legítima expectativa do consumidor em relação ao uso seguro do produto⁵.

No caso concreto, a parte demandada sustenta a ausência de defeito no produto, o que excluiria eventual responsabilidade civil, considerando que a comercialização do tabaco é atividade lícita e os riscos à saúde e à segurança em relação aos produtos e serviços disponibilizados aos consumidores são notórios e captáveis pelo ‘homem médio’, nos termos dos arts. 8º e 9º do CDC. Salienta que os autores não apontaram a existência de qualquer defeito na fabricação, concepção ou comercialização dos produtos, de modo a afastar a responsabilidade pelo fato do produto consoante disposto no art. 12 do CDC.

Todavia, inobstante as ponderações da empresa ré, em se tratando de consumo de cigarros, no caso sub examine, também possível cogitar-se da responsabilidade pelo fato do produto – também denominado acidente de consumo –, em que pese ser exceção a responsabilidade do fabricante sob tal fundamento, tendo em vista que o cigarro é um

1 BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, Saraiva, 1991, p.48.

2 MARINS, James. Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto, op.cit., pp.118-119

3 CALIXTO, Marcelo Junqueira. A Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento, op.cit., pp.133-134 e 143.

4 NORRIS, Roberto. Responsabilidade Civil do Fabricante pelo Fato do Produto, op.cit., p. 42; CALIXTO, Marcelo Junqueira. A Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento, op.cit., p. 139.

5 CALIXTO, Marcelo Junqueira. A Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento, op.cit., p. 246, e nota 391, e 247.

produto, caracterizado por sua periculosidade inerente, cuja fabricação e distribuição é lícita e nem sempre ocasiona o desenvolvimento de patologias e morte dos consumidores.

O ato ilícito praticado pela ré manifestou-se em duas condutas: (a) inserção de substância que acarreta dependência aos consumidores, bem como ao falecido, que iniciou a fumar por volta de 1963, [e aqui no caso, a autora, que embora sobrevivente, iniciou o hábito de fumar entre os anos de 1972/1973] obrigando-os a consumir produto nocivo à saúde (vício de concepção); (b) na omissão de informar de maneira adequada e clara as características, a composição, qualidade e riscos que o cigarro poderá gerar aos consumidores (vício de informação), consoante a norma insculpida no art. 12 do CDC.

Aqui a responsabilidade pelo fato do produto surge a partir do descumprimento do dever de informar os riscos do consumo do tabaco a curto e a longo prazo. O defeito não é encontrado [só] no produto em si, e sim na informação, é dizer, quando ocorre um 'defeito de informação'.

O ônus informativo é do fabricante e não do consumidor, pois ausente à época – ao menos para a maioria dos consumidores, notadamente os adolescentes, ao contrário da notória ciência do fabricante quanto aos malefícios do cigarro – a notoriedade dos riscos do consumo de tabaco, que, inclusive, serve de sustentáculo para a tese defensiva esgrimida pela demandada de culpa exclusiva da vítima.

O vício de informação relaciona-se à qualidade da informação veiculada pelo fornecedor que acarreta um acidente de consumo, por não ter sido prestada ou de maneira ineficiente ou inadequada, pouco importando a licitude da atividade desenvolvida na aferição do dever de reparar o consumidor em situações advindas de relações de consumo.

A omissão voluntária do fabricante ligada à propagação de informações contraditórias por meio de publicidade massiva impede que o consumidor realmente tenha acesso às informações essenciais sobre o produto e possa, assim, aferir o risco grave e concreto à sua saúde. As propagandas nas quais aparecem pessoas felizes, saudáveis e bem sucedidas fumando cigarros são exemplos de mensagens contraditórias transmitidas aos consumidores a partir dos anos 50, época em que a imagem de pessoas consumindo cigarros era imediatamente associada à elegância, sexualidade e juventude.

Até o final da década de 80 do século XX, a indústria tabagista negava a ligação entre o consumo de cigarros e diversas patologias, v.g., câncer e doenças respiratórias¹. A partir daí, com o advento de estudos científicos sobre as doenças associadas ao consumo do tabaco, a indústria tabagista passou a sustentar a notoriedade dos riscos do consumo de cigarros.”

A deficiência de informações acerca dos males acarretados pelo fumo possui íntima relação com as primeiras experiências de consumo do cigarro, com a deflagração do vício. A grande maioria das enfermidades causadas pelo consumo de cigarros são perceptíveis após anos de consumo, razão pela qual os consumidores em potencial e tabagistas inveterados subestimam a periculosidade do produto. Esse quadro faz com que os indivíduos acreditem que o cigarro não interfere na saúde ou que apenas alguns fumantes são acometidos por doenças relacionadas ao tabagismo², em desrespeito ao estatuído no art. 9º do CDC³.

Imperativo registrar que o tabagismo é amplamente reconhecido como uma doença epidêmica resultante da dependência de nicotina e classificado pela OMS no grupo dos “Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de fumo” (F17) na Décima Revisão da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10)⁴.

1 MARQUES, Cláudia Lima. Violação do dever de boa-fé de informar corretamente, atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha, nexos causal entre a falha/defeito de informação e defeito de qualidade nos produtos de tabaco e o dano moral morte. Responsabilidade do fabricante do produto, direito a ressarcimento dos danos materiais e morais, sejam preventivos, reparatórios ou satisfatórios. Revista dos Tribunais, ano 94, maio/2005. p. 95.

2 DELFINO, Lúcio. Responsabilidade civil das indústrias fumígenas sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor. n 51. jul/set 2004. p. 172-197.

3 Art. 9º do CDC: “O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.”

4 A Conferência Internacional Para a Décima Revisão da Classificação Internacional de Doenças foi convocada pela Organização Mundial de Saúde e realizada em sua sede em Genebra de 26 de setembro a 2 de outubro de 1989. (www.datasus.gov.br/cid10/webhelp/cid10.htm) (notas obtidas através da consulta ao texto da inicial de ação civil pública promovida pelo Ministério Público de São Paulo in - <http://www.mp.sp.gov.br/>

A propósito do poder viciante dos produtos derivados do tabaco e seus malefícios para a saúde, capaz de causar dependência devido a inclusão na sua composição da nicotina, obtém-se importantes e esclarecedoras informações através do site do Instituto do Câncer no Brasil - INCA, órgão ligado ao Ministério da Saúde, litteris:

1) *Por que cigarros, charutos, cachimbo, fumo de rolo e rapé fazem mal à saúde? Todos esses derivados do tabaco, que podem ser usados nas formas de inalação (cigarro, charuto, cachimbo, cigarro de palha), aspiração (rapé) e mastigação (fumo-de-rolô), são nocivos à saúde. No período de consumo destes produtos são introduzidas no organismo mais de 4.700 substâncias tóxicas, incluindo nicotina (responsável pela dependência química), monóxido de carbono (o mesmo gás venenoso que sai do escapamento de automóveis) e alcatrão, que é constituído por aproximadamente 48 substâncias pré-cancerígenas, como agrotóxicos e substâncias radioativas (que causam câncer).*

2) *Quais os derivados do tabaco mais agressivos à saúde e como agem? A fumaça do cigarro possui uma fase gasosa e uma particulada. A fase gasosa é composta por monóxido de carbono, amônia, cetonas, formaldeído, acetaldeído e acroleína, entre outras substâncias. Algumas produzem irritação nos olhos, nariz, garganta e levam à paralisia dos movimentos dos cílios dos brônquios. A fase particulada contém nicotina e alcatrão, que concentra 48 substâncias cancerígenas, entre elas arsênico, níquel, benzopireno, cádmio, chumbo, além de resíduos de agrotóxicos aplicados nos produtos agrícolas e substâncias radioativas.*

3) *Como o cigarro atua quimicamente no organismo? A fumaça do tabaco, durante a tragada, é inalada para os pulmões, distribuindo-se para o sistema circulatório e chegando rapidamente ao cérebro, entre 7 e 9 segundos. Além disso, o fluxo sanguíneo capilar pulmonar é rápido, e todo o volume de sangue do corpo percorre os pulmões em um minuto. Dessa forma, as substâncias inaladas pelos pulmões espalham-se pelo organismo com uma velocidade quase igual a de substâncias introduzidas por uma injeção intravenosa.*

4) *O que causa a dependência do cigarro? A nicotina, que é encontrada em todos os derivados do tabaco (charuto, cachimbo, cigarro de palha, etc) é a droga que causa dependência. Esta substância é psicoativa, isto é, produz a sensação de prazer; o que pode induzir ao abuso e à dependência. Por ter características complexas, a dependência à nicotina é incluída na Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde - CID 10ª revisão. Ao ser ingerida, produz alterações no Sistema Nervoso Central, modificando assim o estado emocional e comportamental dos indivíduos, da mesma forma como ocorre com a cocaína, heroína e álcool. Depois que a nicotina atinge o cérebro, entre 7 a 9 segundos, libera várias substâncias (neurotransmissores) que são responsáveis por estimular a sensação de prazer (núcleo accubens), explicando-se assim as boas sensações que o fumante tem ao fumar. Com a ingestão contínua da nicotina, o cérebro se adapta e passa a precisar de doses cada vez maiores para manter o mesmo nível de satisfação que tinha no início. Esse efeito é chamado de tolerância à droga. Com o passar do tempo, o fumante passa a ter necessidade de consumir cada vez mais cigarros. De tal forma que, a quantidade média de cigarros fumados na adolescência, nove por dia, na idade adulta passa a ser de 20 cigarros por dia. Com a dependência, cresce também o risco de se contrair doenças debilitantes, que podem levar à invalidez e à morte".*
(...)"

E ainda, sobre o mesmo assunto – vício da nicotina – o conhecido médico Drauzio Varella¹ refere que como a dependência de nicotina é adquirida na puberdade e adolescência (em 90% a 95% dos casos antes dos 20 anos), as crianças pequenas devem ser instruídas de que o cigarro é um mero dispositivo para administrar nicotina, droga que conduz a mais escravizante das dependências químicas. Há pessoas que, por razões metabólicas, quando começam a fumar perdem o controle e não conseguem mais parar, mesmo diante da possibilidade concreta da morte, o que vem de encontro à tese defendida pela demandada sobre o livre arbítrio e a iniciativa individual de cada fumante deixar o vício, acrescentando em seu artigo “dependência fatal” que a dependência química causada pela nicotina parece estar além da possibilidade de controle de muitas pessoas. Diz: embora tenha visto inúmeros fumantes se livrarem do cigarro sem qualquer ajuda, motivados exclusivamente pela força de vontade (como foi meu caso e o de mais de 90% dos ex-fumantes), e acredite que tentar convencer todos os que fumam a deixar de fazê-lo seja um dever imperioso de cada médico, o exercício da cancerologia me ensinou que algumas pessoas não conseguem largar de fumar, independentemente da ajuda que sejamos capazes de lhes oferecer ou da desgraça que venha se abater sobre elas.

A nicotina age de duas maneiras distintas: tem um efeito estimulante e, após algumas tragadas profundas, tem efeito tranquilizante, bloqueando o stress. **Seu uso causa dependência psíquica e física**, provocando sensações desconfortáveis na abstinência. Em doses

excessivas, é **extremamente tóxica**: provoca náusea, dor de cabeça, vômitos, convulsão, paralisia e até a morte. A dose letal (LD50) é de apenas 50 mg/kg.

Na indústria, é obtida através das folhas do tabaco, e é utilizada como um **inceticida**_[sic] (na agricultura) e **vermífugo** (na pecuária). Pode ainda ser convertido para o ácido nicotínico e, então, ser usado como **suplemento alimentar**¹.

Dados estatísticos indicam que há uma clara correlação entre o número de cigarros fumados diariamente e o **risco de morte por câncer no pulmão e doenças cardiovasculares**. De acordo com a **American Cancer Society**, “...more people die every year from smoking-related diseases than from AIDS, alcohol, car accidents, fires, drugs, murders and suicides combined” ou em tradução livre “*mais pessoas morrem a cada ano de doenças relacionadas com fumar do que por AIDS, álcool, acidentes de viação, incêndios, drogas, homicídios e suicídios combinados*”. Numerosos estudos comprovam que o consumo de tabaco causa diversos males à saúde, mas, mesmo assim, todos os dias milhares de jovens e adolescentes começam seu caminho à dependência química da nicotina. Embora existam muitos centros de apoio à recuperação dos drogados (muitos mesmo na internet), e uma enorme campanha educativa para a prevenção ao vício, o número de fumantes não diminui com o passar dos anos. As pessoas assumem, conscientemente, o risco real de contrair inúmeros males, tal é o efeito de dependência criado pela nicotina².

A confirmar ainda mais o defeito e falta de informação sobre o cigarro, induzindo, inclusive a propaganda enganosa veiculada ao tempo e época que a autora contraiu o hábito de fumar, são exemplos as carteiras de cigarros que a própria demandada anexou aos autos, com o propósito de justificar as advertências do Ministério da Saúde, porém observa-se relativamente ao produto FREE, uma das marcas que a autora passou a consumir pelo vício de fumar (fls. 28/457), que traz no invólucro “**baixos teores**”, resta desmistificada consoante se observa de conclusão extraído do site da Universidade Federal de Santa Catarina³, *verbis*: “Nenhum tipo de cigarro é seguro. Os cientistas não encontraram **nenhum indício** de que os cigarros com baixos teores de alcatrão e nicotina **diminuem o risco de doença** cardíaca coronariana. Muitos fumantes que mudam para cigarros com baixos teores de alcatrão e nicotina acabam por **fumar mais e tragar mais fundo** para compensar o menor teor de nicotina. Isso pode causar novos problemas, já que o alcatrão e a nicotina não são as únicas substâncias prejudiciais na fumaça do cigarro. Ao tragar mais fundo, os fumantes inspiram outras substâncias prejudiciais em quantidades maiores, o que pode aumentar o risco de doença.

A propósito sobre os riscos para a saúde devido ao consumo de cigarros, a contrariar norma do CDC sobre expectativa de segurança do consumidor relativamente ao produto (art. 12, § 5º), a própria demandada vem divulgado em seus produtos a advertência que se extrai de seu site no espaço “fumo e saúde” sobre “riscos do produto”: “**a Souza Cruz afirma que, atualmente, a única atitude sem riscos em relação ao fumo é não fumar**” complementando no mesmo espaço: “embora ainda não exista um cigarro “seguro”, uma visão global realista indica que um grande número de pessoas ainda optará por fumar, apesar dos riscos associados. A Organização Mundial da Saúde estima que em 2050 haverá de 1,5 a 2,2 bilhões de fumantes. Para a Souza Cruz, *o desenvolvimento de produtos que potencialmente possam representar um menor risco aos consumidores é uma prioridade*”(sublinhei)⁴.

Enquanto isso, segue a produção, divulgação e comercialização nas condições atuais, onde a própria produtora afirma que o produto não é seguro e produz risco a saúde do consumidor, transferindo para este toda a responsabilidade pelos danos decorrentes da consumação de seu produto. Nada razoável, em que pese o denodo como seus abnegados seguidores defendem obstinadamente a regularidade e legalidade da comercialização do produto.

Relativo ao **defeito do produto**, na abordagem do cigarro, permito-me, mais uma vez, transcrever passagem do referido voto do Des. Odone Sanguiné, onde refere excerto extraído da obra de LÚCIO DELFINO, *litteris*:

“(..)

*O tabaco, seja considerado como produto defeituoso em si, seja pela falta de informação adequada – porque a advertência geral de que é prejudicial à saúde poderia ser insuficiente –, é suscetível de causar danos que seriam exigíveis com base na lei de responsabilidade civil por danos causados por produtos defeituosos*⁵. Nesse sentido, Lúcio Delfino, classifica

1 Consulta ao site <http://www.qmc.ufsc.br/qmcweb/artigos/nicotina.html> - em 10/05/2008

2 <http://www.qmc.ufsc.br/qmcweb/artigos/nicotina.html> - em 10/05/2008

3 Idem, *ibidem*

4 http://www.souzacruz.com.br/OneWeb/sites/SOU_5RRP92.nsf/vwPagesWebLive/80256DAD006376DD80256D87005BBCCF?opendocume nt&SID=&DTC= - consultado em 10/05/2008

5 SÁNCHEZ, Antonio José Vela. *Critérios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*. Editorial Comares, 2004, p.108

o cigarro como produto 'potencialmente nocivo' ou perigoso à saúde de seus consumidores (art. 9º, CDC), portanto, é um produto inseguro que pode gerar acidentes de consumo em virtude dos defeitos de concepção e de informação, não obstante permitida sua comercialização (§ 4º, do art. 220, da CF), desde que seus fornecedores informem, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade¹, o que não ocorria à época em que a vítima começou a fumar e assim persistiu durante muitos anos até que o dever de advertência sobre os malefícios do cigarro se tornaram obrigatórias. Porém, independentemente da incidência do CDC, à luz do Código Civil, segundo o princípio da boa-fé, a omissão em realizar a devida publicidade pela empresa fabricante/fornecedora de cigarros, ciente da sua nocividade à saúde do consumidor, ocultando sobre os riscos reais e letais que podem advir do seu consumo, gera um dever indenizatório baseado no ato ilícito culposo, também sob a perspectiva do Código Civil: art. 159, CC/1916 e art. 186, do CC/2002.”.

Acrescento que o Código de Defesa do Consumidor veio chancelar definitivamente o **direito à informação**, que hoje em dia consiste numa prerrogativa básica e fundamental de todo consumidor. Diante dessa nova perspectiva, não basta simplesmente fornecer um aviso genérico acerca dos riscos do produto. É preciso que o fabricante forneça informação eficiente, verdadeira e transparente buscando atingir a capacidade de escolha dos consumidores.

Imperativo destacar que esse dever é orientado pelo critério da boa-fé objetiva, significando que os fornecedores somente devem colocar no mercado aqueles produtos que apresentarem a segurança legítima e razoável, partindo da expectativa do consumidor.

A identificação concreta dos defeitos, ou seja, no que consiste o conceito jurídico indeterminado “segurança legitimamente esperada” deve seguir os critérios previstos no art. 14, § 1º e incisos I, II, III, do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam: a apresentação do produto; os usos e os riscos razoavelmente esperados e a época em que foi colocado em circulação.

Estes critérios estão ligados às informações prestadas pelo fornecedor, incluindo desde a publicidade veiculada nos meios de comunicação até aquelas informações que acompanham diretamente o produto (rótulo, embalagem, etc).

No presente caso concreto, possível concluir que o produto “cigarro” peca quanto aos critérios de valoração estabelecidos no art. 14 e incisos do Código de Defesa do Consumidor.

Nessa esteira, pode-se dizer que no caso dos autos existe um grave defeito de informação, porquanto houve falta de advertência sobre os riscos que o consumo do cigarro poderia causar a quem fumasse e também pela ausência de informação acerca dos ingredientes nocivos que compõem o cigarro, que na época que a autora se tornou adicta não eram divulgados, como ocorre no momento atual, ao contrário.

O defeito formal de informação se caracteriza pela falta ou insuficiência de advertência sobre os riscos inerentes ao consumo de determinado produto, na medida em que a informação é um direito essencial e básico do consumidor que encontra seu fundamento na boa-fé objetiva.

E isso resulta evidente na medida em que na época em que a autora obteve o hábito de fumar, na década de setenta, repise-se atraída pela massiva propaganda veiculada e vinculada a pessoas bem sucedidas, aparentando sucesso e saúde saudável, contrasta olímpicamente com a propaganda hoje divulgada, não por iniciativa do comerciante, mas por imperativo legal, que traz figuras humana degradáveis, tomadas por inúmeras doenças, acrescidas da advertência – “fumar faz mal à saúde e causa várias doenças” e ainda, “não existem níveis seguros de consumo do produtor”.

As condições que determinaram com que o produtor do cigarro adotasse tais advertências, ainda que por imposição legal, não eram conhecidas na época que a autora começou a fumar? Evidente que sim, no entanto, o apelo comercial era outro bem diferente, daí a inarredável conclusão de que houve omissão voluntária ou falta de informação sobre as condições inerentes ao produto, que embora ainda não tornada obrigatória, o que só veio a ocorrer através do CDC, que passou a vigorar em 1991, não a dispensava do mesmo dever de informar à vista da cláusula geral da boa fé objetiva que sempre pontificou em qualquer tipo de relação civil e/ou comercial.

1 DELFINO, Lúcio. Responsabilidade civil e tabagismo no Código de Defesa do Consumidor. Belo Horizonte, Del Rey, 2002, pp.96-102 e 168-169, que, no entanto, salienta que a nicotina, substância responsável pela dependência do fumante, é um defeito de concepção que perdura desde a criação do cigarro, por tornar o consumo de cigarros um comportamento involuntário, tolhendo a capacidade de escolha do fumante em razão do vício que provoca.

Esse também é o entendimento de Lúcio Delfino¹, ao dizer que ainda se poderia argumentar que não havia nenhuma obrigação de se esclarecer o consumidor há 50, 40 ou 30 anos atrás, de maneira que à indústria do tabaco seria perfeitamente lícito omitir ou torcer informes sobre os produtos que fabricam. Nessa linha de raciocínio, as estratégias adotadas pelas empresas tabagistas não seriam ilegítimas, ao menos no Brasil, onde o Código de Defesa do Consumidor apenas entrou em vigência em 1991.

Ocorre que um dos sustentáculos mestres do ordenamento jurídico – e isso não só hodiernamente – é representado pelo princípio da boa-fé objetiva, “uma norma de conduta que impõe aos participantes do tráfego negocial uma atuação pautada pela colaboração intersubjetiva, pela lealdade, correção e consideração aos interesses do alter.” Da boa-fé, assim considerada, decorrem diferentes funcionalidades: a boa-fé atua como cânone de interpretação, como fonte produtora de deveres jurídicos e como limite ao exercício de direitos subjetivos e potestativos. Nessa tríplice direção, adquire função de otimização do comportamento contratual e de reequilíbrio de seu conteúdo².

Obviamente que a postura adotada pela indústria do tabaco, visando garantir o sucesso de seus produtos, foi – e em alguns países ainda é – incondicionalmente desleal. E deslealdade é deslealdade em qualquer época, possuindo o ordenamento jurídico, e o próprio Judiciário, como um de seus papéis, justamente o dever de evitá-la e puni-la.

A propensa notoriedade de informações sobre os males do tabagismo, argumento utilizado frequentemente pela indústria tabaqueira em suas defesas judiciais, será, ao que tudo indica, alcançada num futuro próximo, notadamente em função do profícuo trabalho que vem sendo desenvolvido pelo Poder Público e organizações privadas. Entretanto, essa ainda não é a realidade presente.

De todo modo, e mesmo depois que toda a comunidade encontrar-se adequadamente esclarecida acerca dos malefícios do cigarro, aqueles que foram enganados pela política de vendas maligna, desleal e sedutora, implementada pela indústria do fumo, poderão se socorrer no Judiciário para buscar a satisfação de seus interesses. Afinal, o engodo perpetrado pela indústria do tabaco, anos atrás, seduziu essas pessoas a praticarem o tabagismo, influenciando muitas outras, ainda hoje, a experimentarem os cigarros, conduzindo-as a uma dependência quase certa. E, depois de se tornarem tabagistas, verdadeiros escravos do cigarro, a informação, isoladamente considerada, nem sempre será eficiente para salvá-las do mal que, por certo, as afligirá³.

Desta maneira, a Souza Cruz tem o dever – seja pela Constituição Federal, seja pelo Código de Defesa do Consumidor, seja pelos princípios gerais de direito civil englobados no Código Civil - de advertir de forma clara, transparente e precisa acerca de todos os riscos inerentes ao consumo do cigarro.

Inclusive, porque atualmente a indústria de cigarros já admite oficialmente, há muito tempo, sobre o potencial de periculosidade e os riscos inerentes ao consumo de cigarros.

Relativamente à ocorrência de **publicidade enganosa**, verifica-se na conduta da ré que, ao contrário de advertir sobre os riscos e incertezas sobre o consumo dos cigarros que comercializava, a empresa apelada investiu massivamente em propaganda e publicidade.

1 DELFINO, Lúcio. Consciência pública, malefícios do cigarro e os documentos secretos da indústria do fumo. Disponível em: <www.profesordelfino.adv.br>. Acessado em: 10/08/2008.

2 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 78

3 A médica americana Nancy Rigotti, especialista no assunto, é categórica ao afirmar que, em sendo o tabagismo um problema crônico, o seu tratamento deve ser conduzido por toda a vida. Um fumante deve adotar e manter hábitos ainda mais saudáveis do que uma pessoa que jamais fumou e, se necessário, voltar a recorrer a algum tratamento químico e a programas psicológicos para aprender a lidar com a falta do cigarro. Segundo a médica, associar-se o abandono do vício exclusivamente à força de vontade, não é a forma correta de encarar a questão. Afinal, não bastasse ter a consciência de que o fumo está agredindo a sua saúde, o fumante ainda se sente incapaz de combatê-lo, circunstância que apenas o desestimula ainda mais. Por tal razão, os médicos que hoje atuam nessa área seguem rumo à idéia de que esse trabalho não requer só força de vontade. O grande desafio é eliminar o vício da nicotina, e isso se consegue através de remédios e terapias (BUCHALLA, Ana. Vontade não basta. Entrevista Nancy Rigotti. Revista Veja, 9 de junho de 2004. p. 11-15) . Em breve síntese, pode-se afirmar que a dependência ao tabaco é caracterizada como um transtorno de longa duração – uma verdadeira doença crônica –, com altas taxas recorrentes; são constantes os cuidados exigidos . O tratamento inclui – isoladamente ou em combinação – intervenções comportamentais e farmacológicas, como aconselhamento, suporte psicológico intensivo e administração de medicamentos que contribuam para a redução ou superação da dependência pelo tabaco (Tabagismo & saúde nos países em desenvolvimento. Documento organizado pela Comissão Européia em colaboração com a Organização Mundial de Saúde e o Banco Mundial para a Mesa Redonda de Alto Nível sobre Controle do Tabagismo e Políticas de Desenvolvimento. Tradução: Instituto Nacional de Câncer/Ministério da Saúde do Brasil. Disponível em <http://www.inca.gov.br>. Acessado em 10 de setembro de 2005).

No 4º volume, mais especificamente nas páginas: 657 e 658 temos exemplos de propagandas publicadas em revistas e periódicos de grande circulação datados de diversas épocas.

Observe-se que em nenhuma dessas manifestações publicitárias havia qualquer advertência sobre os perigos inerentes ao ato de fumar cigarros ou sobre as incertezas acerca de seus efeitos no organismo humano.

Muito pelo contrário, houve uma exaltação da imagem da pessoa que fuma, do ato de fumar em si, vinculando a imagem do fumante ao sucesso, à satisfação, à independência, liberdade, etc... e isto é facilmente perceptível pelas chamadas/slogans das campanhas publicitárias da época: “*O fino que satisfaz*” (cigarro da marca Chancellor 100); ou, “*Hollywood, o sucesso*” (cigarro da marca Hollywood); ou, “*Penso (...) Existo*” (cigarro da marca Free).

Ressalto que apenas nas propagandas a partir dos anos 80 é que surge a advertência do Ministério da Saúde, nas outras propagandas noticiadas no presente caso concreto, não existe qualquer sinal ou advertência sobre os malefícios do cigarro, nem de seus componentes.

De modo que, ponderando os critérios de valoração para identificação concreta dos defeitos, partindo-se do conceito jurídico indeterminado “*segurança legitimamente esperada*”, ou seja, (I) apresentação do produto, (II) usos e riscos razoavelmente esperados e (III) época em que foi colocado em circulação, podemos afirmar que, no presente caso concreto, o produto cigarro possui defeito quanto à informação, pois na época em que foi colocado pela demandada no mercado de consumo no Rio Grande do Sul – idos de 1917 - e durante o período que a autora contraiu o vício de fumar não continha a segurança legitimamente esperada pelo consumidor que, ao fazer uso normal do cigarro, estava, no mínimo, correndo o risco de se tornar adicto e contrair multiplicidade de doenças, dentre as quais as de natureza cardíaca que acabou acometendo a demandante.

Aliás, no Brasil, via de regra, os maços de cigarro informam que os ingredientes do cigarro são: mistura de fumos, açúcares, papel de cigarro, extratos vegetais e agentes de sabor. Porém, deixam de informar que o cigarro, por trás desta aparente e inofensiva composição, também contém milhares substâncias químicas e gases do tipo: arsênico, níquel, cádmio, chumbo, amônia, acetona, formol, naftalina, fósforo, butano, etc.

A propósito, conforme já referido anteriormente, o Instituto Nacional do Câncer, vinculado ao Ministério da Saúde, tem esclarecido:

A fumaça do cigarro é uma mistura de cerca de 5 mil elementos diferentes. Ela é formada pelos seguintes componentes:

Nicotina - considerada droga pela OMS. Sua atuação no sistema nervoso central é como a da cocaína, com uma diferença: chega entre 2 e 4 segundos mais rápido ao cérebro que a própria cocaína. É uma droga psicoativa, responsável pela dependência do fumante. É por isto que o tabagismo é classificado no Código Internacional de Doenças (CID-10) como grupo dos transtornos mentais e de comportamento decorrentes do uso de substâncias psicoativas. A nicotina aumenta a liberação de catecolaminas, acelerando a frequência cardíaca, com conseqüente vasoconstrição e hipertensão arterial. Provoca uma maior adesividade plaquetária, e juntamente com o monóxido de carbono leva à arteriosclerose. Contribui assim para o surgimento de doenças cardiovasculares. No aparelho gastrointestinal, a nicotina estimula a produção de ácido clorídrico, podendo levar ao aparecimento de úlcera gástrica. Também estimula o sistema parassimpático, o que pode causar diarreia. A nicotina libera substâncias quimiotáxicas, que vão atrair para o pulmão os leucócitos neutrófilos polimorfonucleares, a maior fonte de elastase, que destrói a elastina e provoca o enfisema pulmonar (Orleans e Slade, 1993; Rosemberg, 1996).

Monóxido de Carbono (CO) - tem afinidade com a hemoglobina (Hb), contida nos glóbulos vermelhos do sangue, que transportam oxigênio para os tecidos de todos os órgãos do corpo. A ligação do monóxido de carbono com a hemoglobina forma o composto chamado carboxihemoglobina, que dificulta a oxigenação do sangue, privando alguns órgãos do oxigênio e causando doenças como a arterosclerose.

Alcatrão - composto de mais de 40 substâncias comprovadamente carcinogênicas que incluem o arsênio, níquel, benzopireno e cádmio. Carcinogênios são substâncias que provocam câncer como os resíduos de agrotóxicos nos produtos agrícolas, como o DDT, e até substâncias radioativas, como é o caso do polônio 210.

Vale ressaltar que as substâncias da fumaça do cigarro têm efeitos sobre a saúde do fumante, mas também sobre a saúde

do não-fumante, exposto à poluição do ambiente causada pelo cigarro.”¹

Outro aspecto importante e que deve ser ponderado é a obrigação de advertir imposta aos fabricantes de cigarros pelo Ministério da Saúde (Portaria nº 695, de 01.06.1999). Essa disposição, insuficiente e por isso quase nada esclarecedora, que decorre do dever do Estado de adotar medidas que preservem à saúde de sua população (posição, aliás, flagrantemente paradoxal à regulamentação do cigarro como produto posto no mercado de consumo, o que somente é explicável pelas implicações de ordem macroeconômica – mas que não se justificam por si só enquanto uma só vida for perdida, quanto mais milhares delas), não desobriga nem exonera o fabricante de cigarros do seu dever de informar correta e amplamente e de indenizar os danos que venham a causar na saúde do consumidor.

Nesse propósito, é bem de enfatizar que mesmo aquelas conhecidas advertências impostas pelo Ministério da Saúde – “*O Ministério da Saúde adverte: fumar ...*” – são ineficientes e insuficientes e não transmitem as importantes e possíveis conseqüências da escolha entre fumar e não fumar.

Então, quanto ao critério “apresentação do produto”, entendo que a companhia apelada não atendeu a exigência legal de maneira satisfatória, pois deveria ter informado ostensivamente as peculiaridades do cigarro, com clareza e precisão, especificando detalhadamente seus ingredientes, as quantidades existentes em cada cigarro, qualidade do fumo, composição, validade, etc, declarando a existência de substâncias tóxicas ao organismo humano.

A imagem que a publicidade confere ao cigarro exalta o *glamour*, a integração social, ao sucesso, mas em momento algum se refere aos fatores de riscos. E, ao proceder dessa maneira, interfere frontalmente na idéia que o consumidor tem acerca dos riscos razoavelmente esperados do consumo de cigarros, na medida em que propaga uma idéia que não corresponde à realidade.

A omissão do dever de informar aliada à publicidade abusiva e ao fato de que os malefícios do uso do cigarro levam muito tempo para aparecer, fazem com que os consumidores subestimem a periculosidade do produto, pois não possuem um conhecimento lúcido suficiente acerca dos fatores de risco inerentes ao consumo do cigarro.

Definido, assim, a nocividade do uso do cigarro à saúde humana, devido a agressividade de vários dos componentes de sua fórmula, especialmente da nicotina, que causa dependência físico e psíquica, e de outros cancerígenos e obstrutivos das vias circulatórias, e do defeito de informação sobre o produto colocado no mercado e comercializado pela demandada, deixando de esclarecer ao consumidor sobre os males causados pelo consumo de cigarro, especialmente na época que a autora adquiriu o vício, impõe a análise do conjunto pericial para identificar o dano causado à saúde da autora.

A farta prova pericial analisada em conjunto revela indubitavelmente que o tabagismo é o fator de risco identificado para as doenças cardíacas pelas quais padece a autora, além do histórico familiar, e que a demandante é dependente química da nicotina, ou seja, sofre da Síndrome da Dependência do Tabaco, catalogada pelo Código Internacional de Doenças como sendo CID 10.

A perícia realizada no âmbito do Departamento Médico Judiciário, por guardar distância de ambas as partes, configura-se imparcial e idônea a merecer total crédito com vistas à solução da lide.

Às fls. 815 e seguintes, a perícia médica cardiológica sublinha estar a autora enquadrada em vários fatores de risco para doenças cardíacas, como por exemplo, a obesidade, predisposição familiar, hipertensão arterial, uso prolongado de anticoncepcionais orais, apontando como fator de risco identificado, o tabagismo.

Relata o expert, à fl. 817: “(...) *É muito ansiosa. Refere não conseguir parar de fumar, mesmo sabendo que o cigarro ‘faz mal’.* (...)”.

Conclui o perito à fl. 819: “(...) *Os fatores de risco identificados para a cardiopatia isquêmica são história familiar e tabagismo. Apesar disso a paciente refere continuar a fumar*”.

E é taxativo ao responder o quesito nº 2 (fl. 622), formulado pela autora: “Queira o ilustrado expert, se as doenças adquiridas pela Autora foram em decorrência do uso do cigarro?”, afirmou o perito: **O tabagismo é fator de risco identificado no caso da periciada.**

1 (<http://www.inca.org.br>)

O laudo psicológico de fls. 845 e seguintes relata que a autora “*Não pensa em deixar de fumar, diz que não tem força de vontade para isso, mesmo depois do infarto continua fumando (alguns cigarros por dia). Se vê alguma pessoa fumando fica nervosa e precisa fazer uso do fumo. Ao sair do hospital voltou imediatamente a fumar, sem preocupar-se (sic) com este fato. (...)*”.

Realizado laudo psiquiátrico (fls. 850 e seguintes), o perito assim manifesta: “*Trata-se de pessoa que apresenta características clínicas de uma Síndrome de Dependência ao Tabaco (CID-10 F 17.2): compulsão ao consumo da substância, com desenvolvimento de tolerância e manifestações de abstinência se interrompido o consumo, com persistência no uso apesar de consequências claramente nocivas.*”. (grifei).

E, prossegue: “*Esse tipo de transtorno se enquadra nos perfis de funcionamento psíquico propensos a drogadição, distinguindo-se uma dependência física à droga (no caso do tabaco, produz manifestações de abstinência leva até 14 dias após a suspensão do uso, podendo ser contornadas com tranqüilizantes benzodiazepínicos) e uma dependência psíquica (um padrão de comportamento aditivo a substâncias psicoativas, sem cura conhecida e que pode ser apenas controlado mediante esforço volitivo e/ou manejo com técnicas comportamentais).*”

Houve, ainda, laudo cardiológico complementar (fls. 855/857), onde o expert é enfático ao responder o quesito nº 4, formulado pela ré à fl. 631: “*Fumar é condição suficiente para o desenvolvimento de infarto do miocárdio/cardiopatia isquêmica, ou seja, o fumo isoladamente pode causar infarto do miocárdio/cardiopatia isquêmica?*”, afirmou o perito: **Sob o ponto de vista genético, molecular, bioquímico, não é possível afirmar. Sob o ponto de vista clínico, o tabagismo basta como único fator de risco identificado.** (grifei).

Quesito complementar nº 4, formulado pela autora à fl. 826: “*Pela quantidade de cigarros que fuma por dia, tende a se agravar o quadro clínico da autora?*”, respondeu o expert: **A manutenção do hábito de fumar é fator de risco para recidiva e piora de doenças já existentes, para o surgimento de novas doenças e é causa de diminuição da capacidade física.**

Impossível rechaçar a notória dependência da demandante, que cultivava o hábito de fumar desde tenra idade, é ciente dos efeitos nefastos do seu consumo e, ainda assim, persiste no vício, logicamente em função da enorme carga de elementos viciantes sabidamente encontrada no cigarro, que a essa altura dominam e controlam seu poder volitivo.

Da análise das conclusões dos laudos, inarredável a caracterização da dependência química e o nexo de causalidade entre a moléstia cardiopática e o hábito de fumar, configurando-se este como fator de risco preponderante.

Isso porque, restou incontroverso nos autos que a autora contraiu o vício entre 1972 e 1973, quando tinha de 12 a 13 anos de idade, consumidora das marcas fabricadas pela demandada – Minister, Charm e Free – e que a partir de 1997, teve abalada sua saúde devido a complicações de ordem cardíaca, sofrendo angina de peito e cardiopatia isquêmica, cujos achados médicos constantes de seus prontuários ligam a doença a sua condição de tabagista, o que ficou evidenciado na perícia realizada nos autos, ainda que os peritos não tenham apontado categoricamente como causa direta, a causa relacionada é o tabagismo, tanto que foi considerada como portadora de síndrome de dependência ao tabaco, doença catalogada no CID-10 F 17.2, o que torna intuitivo que somente desenvolve a doença aquele que consome o cigarro principal produto que utiliza o tabaco, afora a farta literatura médica e em sites especializados, a começar pelo próprio Ministério da Saúde que vincula as doenças cardiovasculares com o consumo de cigarro, além, no caso específico da autora, de seu perfil psicológico e psiquiátrico que identificam evidentes sinais de moléstia derivada do tabagismo.

No que diz respeito a prova do nexo causal direto referente aos danos produzidos pelo vício do cigarro, especialmente as doenças de natureza cardiológica, como no caso da autora, tenho que o conceito de nexo causal, nos últimos tempos, tornou-se mais flexível, com vistas a possibilitar uma maior proteção à vítima do dano injusto. À luz dos princípios constitucionais, nos casos em que a prova do nexo causal se torna muito difícil, não se exige mais a demonstração cabal da relação de causalidade, para que se configure a obrigação de indenizar. A necessidade cede lugar à probabilidade. Nesse sentido, Agostinho Alvim já ponderava: “*Nem sempre há certeza absoluta de que certo fato foi o que produziu determinado dano. Basta um grau elevado de probabilidade*”¹.

Em certas hipóteses, a prova do nexo de causalidade não precisa ser necessariamente direta, mas pode ser inferida por meio de presunções. Por meio dessas presunções de nexo de causalidade, em que a probabilidade substitui o elemento de necessidade para se estabelecer a responsabilidade civil, torna-se mais efetivo o ressarcimento do dano, como ressalta Teresa Ancona Lopes:

1 GISELA SAMPAIO DA CRUZ, O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil, e. Renovar, 2005, p. 260.

(...)o mecanismo das presunções serviu para tornar mais efetivo o ressarcimento do dano, como se pode perceber pelas considerações feitas neste trabalho, concluindo-se que o estudo das presunções não só aprimora o raciocínio jurídico, contribuindo para a elaboração de melhores leis, mas também é elemento importante dentro da matéria da prova, ajudando dessa forma, o Direito a realizar sua árdua tarefa, que é a de estabelecer a ordem e a segurança com justiça.”¹

Desta maneira, ainda que não exista uma prova cabal sobre a causa da cardiopatia/infarto que acometeu a autora, por dificuldades técnicas e científicas de separar o fator direto que determinou a referida doença, porém, consoante alhures referido, já cientificamente comprovado que o tabaco pela multiplicidade de substâncias agregadas é fator de risco preponderante para as doenças cardíacas, não demonstrado pela demandada outras causas que pudessem também determinar esse resultado com maior probabilidade, inafastável atribuir a causa da doença da autora ao uso do produto – cigarro – fabricado pela demandada.

Mais não precisa ser dito, de forma que considero que na hipótese dos autos o nexo de causa e efeito entre o consumo diário de cigarros fabricados pela recorrida ao longo de 26 anos e a doença apresentada pela autora – cardiopatia isquêmica – está perfeitamente caracterizado.

Porém, *in casu*, entendo que há concorrência de culpas. E quando verificada a concorrência entre a autora da conduta e a vítima deve influir na fixação do *quantum* indenizatório.

Certo que a autora, confessadamente, sequer tentou parar de fumar, e ainda que seja “quimicamente cativa” do cigarro, inclusive mediante a identificação de síndrome de dependência, não demonstrou um esforço maior para abandonar o vício, pois mesmo submetida a quatro intervenções cirúrgicas permaneceu fumando, contrariando ordens médicas, e contribuindo, também, a manutenção e agravamento do seu quadro de saúde, o que deve ser considerado para efeito de fixação do valor da indenização.

Quanto aos danos morais, que se vinculam aos direitos da personalidade e se traduzem num sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, causando-lhe alterações psíquicas, prejuízos afetivos e/ou sociais, tenho que o pedido merece acolhimento, na medida em que autora se viu privada de uma melhor condição de vida, submetida a tratamento contínuo, com uso de forte medicação e não raras vezes com internação hospitalar para procedimentos cardíacos com risco para a própria vida, tudo em decorrência da doença que desenvolveu a partir do consumo de cigarros produzidos pela demandada, resultando com seqüelas para o resto da vida.

O dano moral puro, diante de sua natureza jurídica singular, não comporta os mesmos meios de prova objetivos inerentes ao dano patrimonial, haja vista que ocorre no íntimo da pessoa que se vê tolhida no livre gozo de seu direito.

Nessa direção, precedentes amplamente sedimentados no STJ e nesta Corte, ao privilegiarem a doutrina de que o dano moral existe *in re ipsa*, satisfazendo a sua demonstração a simples ocorrência do ato ilícito em si, cujo prejuízo impingido à vítima se presume.

Com efeito, em relação ao valor da indenização por danos extrapatrimoniais, à vista da inexistência de parâmetros legais no caso fixação do *quantum*, o julgador deve observar o princípio da proporcionalidade e razoabilidade². Outrossim, deve atentar para a natureza jurídica da indenização³, que deve constituir uma pena ao causador do dano e, concomitantemente, compensação ao lesado, além de cumprir seu cunho pedagógico sem caracterizar enriquecimento ilícito. Afora isso, no caso específico dos autos, considerando a concorrência de culpas, que entendo por reparti-la, tenho por adequado a situação dos autos fixar o valor da indenização em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), quantia condizente com os parâmetros adotados por esta Corte em casos análogos e suficiente para minimizar a situação da autora, sem que represente enriquecimento indevido à demandante e também sirva de punição e meio pedagógico à demandada, sem deslembrar, evidente, do poder econômico da lesante. O valor fixado deverá sofrer correção pelo IGPM e ser acrescido de juros legais de 12% ao ano a contar do acórdão.

Relativamente aos pedidos de indenização pelos **danos estéticos e materiais** entendo não merecerem acolhimento, pois não vieram aos autos provas do montante despendido, bem como do prejuízo estético, que diferentemente do dano moral, não pode ser

1 TEREZA ANCONA LOPEZ, “A presunção no direito, especialmente no direito civil”. In Revista dos Tribunais – RT nº 513, pp 26-39, apud Gisela Sampaio da Cruz, ob. Cit.

2 REsp 797.836/MG, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, j. 02.05.2006.

3 “A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória. (...) Penal, constituindo uma sanção imposta ao fensor. (...) Satisfatória ou compensatória, (...) a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada.” (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 94, V. 7)

presumido, deve ser cabalmente provado.

Vieram aos autos prontuários, exames, prescrições médicas, etc, (fls. 21/23, 29/47 do vol. 1º e fls. 705/728, 741/755, 764/789 790/813, do vol. 4º) sem, no entanto, mencionarem valores pagos. A autora foi internada através do SUS – Sistema Único de Saúde, não arcando igualmente com custos.

Improcede, igualmente o pedido relativo ao **pensionamento mensal**, pois este seria calculado sobre a remuneração mensal comprovada da vítima, em caso de incapacidade laboral, o que não restou comprovada. Aliás, o perito médico (fl. 819) é categórico ao afastar a incapacidade da autora, *in verbis*:

“(...) Atualmente não há evidências de isquemia miocárdica nem de incapacidade física relacionada à condição cardiovascular.”.
“(...) Atualmente a periciada está trabalhando e não apresenta evidências de incapacidade por motivos cardiovasculares.(...)”.

Respondendo aos quesitos complementares formulados pela autora às fls. 825/826, assim referiu o expert, à fl. 856: “Atualmente não há evidências de comprometimento funcional ou de redução da física relacionada à condição cardiovascular.”

Insurgiu-se a autora, ainda, quanto à condenação dos procuradores à pena de multa prevista no inc. II do art. 17 e art. 18, § 2º ambos do Código de Processo Civil. Entendo assistir razão, à apelante.

Tenho que não cabe a condenação a tais ônus aos advogados da apelante.

Ainda que numa interpretação mais arrojada das disposições do parágrafo único do art. 32 do Estatuto da Advocacia, inarredável que não cabe a condenação nos próprios autos, mas depende de ação própria. Enquanto a deslealdade processual é reconhecida e se define nos próprios autos da ação em que se deu o comportamento desleal, podendo ter, então, como condenado somente a parte, uma vez que somente ela demanda ou está sendo demandada, a apuração da responsabilidade solidária do advogado somente poderá ocorrer por ação autônoma, exclusivamente voltada para esse fim, tendo como réu o advogado e a parte ou somente um deles, posto que é dado ao lesado escolher a quem demandar, em vista dos princípios que regem a obrigação solidária. Há, desse modo, necessidade da parte intentar a demanda, diferentemente do que se passa na litigância de má-fé, que pode ser definida de ofício pelo juiz¹.

Afora isso, os procedimentos escusos protagonizados pelos procuradores, se eivados de má-fé, devem ser apresentados para apreciação junto à via administrativa competente, no órgão de classe responsável.

A pena de litigância é aplicada à parte, imprópria sua extensão aos seus procuradores, ainda que em certos casos resulte nítido o agir do causídico e não da parte, especialmente na chicana processual, o qual detém o conhecimento técnico do procedimento.

Porém, este não é o caso.

A penalidade foi imposta pelo fato da autora, na exordial, referir ter parado de fumar por três meses (fl. 03) e depois afirmar nunca ter parado de fumar (fls. 415/416), entendendo a magistrada singular ter o patrono trazido inverdades para o processo.

Penso que tal fato foi argumento controvertido lançado aos autos e posteriormente esclarecido, ou seja, tornou-se incontroverso, pelo depoimento da própria autora e entrevistas quando das perícias médicas, constituindo-se em evento natural a toda e qualquer pendência judicial, pelo que deve ser acolhida a inconformidade, ao efeito de reformar a sentença, também neste tópico, suprimindo a condenação por litigância de má-fé.

A propósito, para infringir-se a regra da lealdade é suficiente a culpa grave (o Código de Processo Civil Português fala em “negligência grave” - art. 456, 2), advindo, porém, a responsabilidade do advogado somente no caso de dolo, tanto que a norma refere-se a estar o advogado “coligado” com o seu cliente “para lesar a parte contrária”, supondo, portanto, claramente a atuação intencional, objetivando prejudicar a parte contrária².

DIANTE DO EXPOSTO, nego provimento ao agravo retido e julgo parcialmente procedente o apelo, condenando SOUZA CRUZ

1 O ADVOGADO E A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - Clito Fornaciari Júnior - (Publicada na Síntese Trabalhista nº 130 - ABR/2000, pág. 27)

2 Idem, ibidem.

S/A – CIA. DE CIGARROS a pagar à autora CLEOMAR TERESINHA GONÇALVES, a título de danos morais, o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), devidamente corrigidos pelo IGP-M, e acrescidos de juros de mora de 12% ao ano, contados da data deste julgamento, sem olvido da Súmula 54 do STJ, uma vez o arbitramento do valor do dano moral formulado pelo julgador se dá por equidade, considerados todos os vetores no momento da fixação, de modo que a atualização e os juros devem vencer a partir de então, sob pena de distorcer o valor considerado justo ao caso concreto, devido ao acréscimo de consectários com efeito retroativo.

Pelo princípio da sucumbência, e considerando a parcial procedência dos pedidos, condeno as partes de forma igual nas custas do processo, e em honorários advocatícios que arbitro em favor da procuradora da parte autora em 15% sobre o valor da condenação devidamente corrigida a ser suportada pela demandada, enquanto que o procurador desta terá direito a honorários de R\$ 2.000,00, também corrigido doravante e admitida a compensação, nos termos da Súmula 306 do STJ.

Mantenho, no entanto, os efeitos da condenação sucumbencial da autora suspensa por litigar sob o pálio da gratuidade jurisdicional, como determina o artigo 12, da Lei 1.060/50.

É o voto.

DES.^a MARILENE BONZANINI BERNARDI (REVISORA)

Eminentes colegas, ousou divergir do Exmo. Relator.

Como se vê, na mesa tem-se mais um dos polêmicos casos envolvendo a indústria fumageira e um dos seus consumidores, que alega ter adquirido doença em razão do seu hábito de fumar constantemente, estimulado pelas substâncias contidas nos cigarros que lhe fizeram dependente.

Como tenho repetido, no meu sentir, a matéria não comporta juízos apriorísticos, prevalecendo o exame da casuística, já que se trata de ações indenizatórias com peculiaridades próprias. Em cada caso apresentado, desta forma, há que se examinar a presença dos requisitos para que se reconheça o dever de indenizar: dano, culpa (relativizada pela incidência do CDC) e nexa causal.

Sei que muitos têm posição definida, pois entendem que o comércio de cigarros se constitui em exercício regular de um direito e que os consumidores gozam de livre arbítrio, não podendo argumentar desconhecimento dos malefícios do fumo, já que há anos estes são de todos conhecidos, pois amplamente divulgados.

Data vênia, penso que são pueris tais argumentos.

O livre arbítrio não serve para afastar o dever de indenizar das companhias fumageiras pelas mesmas razões que não se presta para justificar a descriminalização das drogas. O homem precisa ser protegido de si mesmo, mormente porque lidamos com produtos que podem minar a capacidade de autodeterminação.

No que tange ao exercício regular de um direito, como bem mencionou a Exma. Des. Mara Larsen Chechi¹, mister, nessa esfera, distinguir o abuso de direito do mau uso de uma liberdade.

De fato, “enquanto o exercício de prerrogativas conferidas, explicitamente, a uma pessoa, reveste-se de presunção de licitude, o exercício do amplo e vago poder de agir, decorrente de ausência de proibição legal, não confere senão uma frágil presunção de licitude do ato (omissivo ou comissivo) praticado. A título exemplificativo desta noção geral de direito com contorno indefinido, JACQUES GHESTIN cita, justamente, a liberdade de exercer o comércio, assim como a liberdade de ir e vir. No último caso não é a natureza do direito que conta para a determinação da licitude, mas o cumprimento dos deveres gerais de prudência no exercício da liberdade. Além disso, não cabe confundir a reprovação do abuso no exercício do direito com a reprovação do ilícito praticado por ocasião ou à margem do exercício do direito. Os atos da segunda categoria, diz o consagrado civilista, se situam fora dos limites ‘externos’ do direito. Eles correspondem a nada mais do que o mau uso de uma liberdade (*Traité de Droit Civil. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 4ème édition, 1994, p. 754-755*)”.

Ademais, não olvidemos de que estamos diante de uma relação de consumo, de forma que a responsabilização se dá independentemente

1 Apelação Cível 70004812558, 9a. Câmara Cível, TJRS, j. 13-10-2004.

da existência de culpa, na esteira do que preceitua o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor¹. Tal norma tem o intuito de resguardar a integridade física e psíquica do consumidor.

Comentando o indigitado dispositivo, CARVALHO SILVA² menciona que “a responsabilidade do fornecedor é objetiva, decorrente dos riscos criados pela colocação do seu produto no mercado de consumo, cuja onerosidade gerada não deve ser compartilhada ou suportada pelo consumidor, pessoa que, em tese, desconhece os métodos e os mecanismos de produção”.

E completa o jurista afirmando que “o dever de reparação surge, naturalmente, com a ocorrência do dano causado por defeito oriundo de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento do produto, ou aparece com o acontecimento do dano resultante de informações insuficientes ou inadequadas sobre a utilização e riscos do produto”.

E não se diga que é inaplicável o Código de Defesa do Consumidor por ter sido editado quando o autor já iniciara a fumar. Trata-se de uma relação continuada, de trato sucessivo, de forma que não se pode considerar que o primeiro cigarro que o autor fumou tenha delimitado a lei a incidir no caso. O elemento caracterizador do ato jurídico perfeito, na esteira do art. 6º, §1º, da LICC, não é a constituição, mas a consumação do ato.

Ademais, como ressalta CLAUDIA LIMA MARQUES³, “na solução de casos concretos, deve o CDC receber aplicação imediata ao exame da validade e eficácia atual dos contratos assinados antes da sua entrada em vigor, seja porque norma de ordem pública, seja porque concretizada também uma garantia constitucional, ou simplesmente porque positiva princípios e patamares éticos de combate a abusos existentes no direito brasileiro antes mesmo de sua entrada em vigor”.

De se admitir, ademais, que, malgrado tenham passado a ser obrigatórias para a comercialização de cigarros as propagandas de advertência dos malefícios do fumo, a publicidade do produto sempre foi vinculada às idéias, ainda que contraditórias, de saúde, de intelectualidade, de cultura, de beleza, de charme e de sedução, atributos que todo jovem busca a qualquer custo, o que sempre deu larga margem de vantagem para indústria fumageira que capta seus clientes exatamente na fase da juventude, quando se tomam posturas de auto-afirmação e se busca a formação de uma identidade. E a autora iniciou a fumar ainda antes de os avisos passarem a ser veiculados, de sorte que a publicidade enganosa já tinha surtido os efeitos pretendidos.

A ilicitude da conduta, na hipótese, é prescindível. Como bem colocou o Exmo. Desembargador Luís Augusto Coelho Braga, em voto proferido nesta Colenda Câmara, “*ocorre que, para que haja responsabilização civil, a conduta não precisa ser necessariamente ilícita, deve ser uma conduta que causa dano a outrem. O que está em jogo não é a natureza jurídica da conduta das empresas fabricantes de cigarro, mas sim os danos causados por essa conduta, seja ela lícita ou não*”.

Todavia, nada obstante a aplicação do Código do Consumidor, para que se reconheça o dever de indenizar, necessário que se demonstre o nexo causal entre a doença e o hábito de fumar, o que na hipótese não verifiquei.

A prova colimada ao processo não permite que se conclua que a doença desenvolvida pela autora (cardiopatia isquêmica) tenha como causa o fumo. A perícia indica o tabagismo, assim como a história familiar, como fatores de risco (fl. 819). O tabagismo, desta forma, pode ser tido como um agravador do risco, mas não causa de sua incidência, diferentemente de casos em que entendi pela

1 Art.12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. §1º. O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

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

III - a época em que foi colocado em circulação.

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

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

I - que não colocou o produto no mercado;

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

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

2 SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. Código de defesa do consumidor anotado, São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 51-52.

3 Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp.583-584.

procedência da ação, nos quais o tabagismo foi elencado como única causa do dano, porquanto se tratava de enfermidade que se manifesta exclusivamente em fumantes.

Como bem mencionou a magistrada ‘a quo’ “como salientado pelo próprio perito que apontou o tabagismo como uma das causas da debilidade física da demandante, o hábito de fumar é apenas um dos vários fatores de risco que contribuem para a verificação dos problemas de saúde apresentados pela mesma, que de regra, são multifatoriais, ou seja, podem ter mais de uma causa, conjunta ou isoladamente, tal como o excesso de peso, o *stress*, histórico familiar.

“E, segundo se depreende da leitura dos laudos periciais acostados (médico, psicológico e psiquiátrico), Cleomar é portadora de alguns dos fatores acima pontuados, o que torna ainda mais remota a possibilidade de acolhimento do seu pleito.

“Informa o perito médico que a autora narra ser muito ansiosa (fls. 815/820), realidade confirmada pelo laudo psiquiátrico (fls. 850/854), bem como que sua mãe morreu em decorrência de problemas cardíacos (fl. 310), evidenciando histórico familiar que a torna propensa a problemas da mesma natureza”

Enfim, adotando os fundamentos da douta sentença, voto por negar provimento à apelação, no que tange ao mérito.

Afastaria, apenas, a pena por litigância de má-fé, no que acompanho o em. Relator.

DES. ODONE SANGUINÉ

1. Trata-se de recurso de apelação interposto por CLEOMAR TERESINHA GONÇALVES, nos autos de ação de indenização por danos morais e materiais, movida contra SOUZA CRUZ S.A., irresignada com sentença das fls. 1208/1226, que julgou improcedentes os pedidos deduzidos na inicial, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), cuja exigibilidade restou suspensa em razão do deferimento do benefício de assistência judiciária gratuita.

2. No voto proferido pelo Eminentíssimo Relator Des. Tasso Caubi Soares Delabary, foi dado parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela autora para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), devidamente corrigidos pelo IGP-M, e acrescidos de juros de mora de 12% ao ano, contados da data deste julgamento. A sentença foi mantida no que concerne ao pedido de pensionamento mensal, tendo em vista a ausência de demonstração da redução de sua capacidade laboral, bem como de indenização por danos materiais, em razão da ausência de comprovação de prejuízos dessa natureza.

3. Em suas razões de decidir, o Relator ressalta a existência de provas contundentes de que a autora adquiriu o hábito de fumar estimulada por propagandas veiculadas pela ré, que ocultavam do público os componentes maléficos à saúde humana existentes no cigarro. Além disso, decidiu que o caráter lícito da atividade da demandada não afasta o dever de indenizar, quando as provas coligidas demonstram a existência de nexo de causalidade entre o produto e a doença. Pondera que, embora a ré sustente a tese de que o consumo de cigarros está sujeita à livre decisão das pessoas, o poder viciante da nicotina e a ausência de informações precisas diminuem a possibilidade de escolha dos consumidores.

4. A Eminentíssima Revisora, Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi votou em sentido divergente para manter a sentença proferida pelo Juízo *a quo*, no que tange ao reconhecimento da inexistência de indenização por danos morais. Em seu voto, ressalva que o caráter lícito da atividade desenvolvida pela demandada não afasta, por si só, o dever de indenizar. Outrossim, afirma que não há como negar provimento a pedido de reconhecimento da responsabilidade civil, tão-somente com fundamento no livre arbítrio do consumidor, que decide começar a fumar. Contudo, ressalta que, no caso dos autos, é impossível o reconhecimento de dano moral, tendo em vista a *ausência de nexo de causalidade* entre a doença desenvolvida pela autora e o consumo de cigarros. Assevera que, de acordo com o conjunto probatório, a *cardiopatía isquêmica* possui, além do tabagismo, outros fatores de risco, dentre os quais se pode citar um histórico familiar com doença semelhante. Dessa forma, conclui que não é possível afirmar com precisão que a patologia desenvolvida advenha do consumo de cigarros, já que as provas acostadas aos autos demonstram a presença de outros fatores de risco.

Tendo em vista a complexidade que encerra a matéria fática, pedi vista dos autos para uma análise mais apurada do caso.

I – Síntese Fática da demanda

A autora relata, na inicial, que adquiriu o hábito de fumar aos treze anos de idade, desde quando mantém o vício. A demandante

nasceu em 1960, o que significa que fuma há trinta e cinco anos. Narra que houve períodos em que fumou cerca de quatro carteiras de cigarro por dia. Conforme os documentos médicos acostados aos autos, a autora sofre de cardiopatia isquêmica, tendo realizado duas angioplastias, com a colocação de stents. Aduz que, após o infarto de miocárdio sofrido em 1997, diminuiu o consumo de cigarro, mas não conseguiu parar totalmente, não obstante as recomendações médicas.

II. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor (direito intertemporal)

A autora começou a fumar em meados da década de 1970, mantendo com a demandada relação que se estende até o momento, tendo em vista a sua dificuldade para deixar o hábito. Embora tenha entrado em vigor após o início do consumo do produto, deve ser reconhecido a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso em tela.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078/90), entrou em vigor 180 dias (seis meses) após sua publicação, é dizer, em 12 de março de 1991. Assim, relação de consumo entre a autora e a empresa de tabaco Souza Cruz S/A teve início na vigência do Código Civil de 1916 e perdura por mais de uma década após a entrada em vigor do CDC.

As normas jurídicas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública por manifestação expressa do legislador, devendo ser aplicadas de forma imediata aos contratos em curso e aos fatos ainda não consumados e não integrantes do patrimônio do titular do direito frente o interesse público¹.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça distingue duas situações: (a) o Código de Defesa do Consumidor é inaplicável aos contratos firmados anteriormente à sua vigência. O só fato de se constituir lei de ordem pública é insuficiente para se admitir a retroatividade²; (b) tratandose de contratos de trato sucessivo, em que persiste a continuação temporal do contrato, inclusive na vigência do CDC, aplicável o Código de Defesa do Consumidor, sem ofensa ao princípio da irretroatividade da leis, insculpido no art. 6º, ‘caput’, da Lei de Introdução ao Código Civil³.

Destarte, como o hábito de fumar fora adquirido anteriormente, e a relação consumerista persistiu após a entrada em vigor do CDC, inclusive o diagnóstico, hospitalização e o tratamento da demandante têm ocorrido em plena vigência dessa legislação protetiva, aplicável o sistema de responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Por tais razões, reconheço a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso vertente.

A análise da licitude da conduta da ré, em fabricar e comercializar cigarros, não importa ao deslinde do feito, para o que imprescindível é examinar as particularidades do produto colocado no mercado, seja no plano interno, seja no plano externo, conforme bem preleciona o Desembargador Paulo de Tarso Sanseverino⁴, verbis: “*danos causados ao consumidor não decorrem apenas de defeitos em si do produto ou serviço, visto que, muitas vezes, estes não apresentam, materialmente, qualquer falha. A defeituosidade situa-se num plano externo em relação ao produto ou serviço, resultando de informações deficientes sobre sua correta utilização ou da falta de advertência sobre os riscos por eles ensejados. Apresenta-se como uma modalidade especial do defeito de projeto. O defeito formal ou de informação caracteriza-se exatamente pela falta ou insuficiência de instruções sobre a correta utilização do produto ou do serviço, bem como sobre os riscos por ele ensejados. A compreensão do defeito de informação exige que se observe a importância conferida ao dever de informação no direito privado moderno, bem como a sua repercussão correta sobre a responsabilidade do fornecedor*”.

De pronto, registro que a ilicitude do produto não está na potencialidade que o cigarro detém de causar doenças diversas nas pessoas, ou, até mesmo, matá-las. Adianto que os atos ilícitos - sem caráter exaustivo - configuram-se, conforme se verá a seguir: (a) na omissão das fornecedoras de tabaco em informar, de maneira adequada e clara, sobre as características, composição, qualidade e

1 MOREIRA, Celso Fernandes. Código de Defesa do Consumidor. Direito Intertemporal, Aplicação imediata aos contratos em curso. Revista do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Maio/agosto, 1991. p. 67-73.

2 REsp 96988 / SP, 4ª T., STJ, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 06/09/2005, DJ 17/10/05, p.295; AgRg no RESP 489858/SC, rel. Min. Castro Filho, j. 29/10/2003, DJ 17/11/03

3 RESP 175288/SP, 3ª T., STJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 26/03/2002, DJ 18/11/02, p.209; REsp 193584 / RJ, 3ª T., STJ, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 29/03/2005, DJ 18/04/05, p.303; Apelação Cível n. 2001011097081-5, 2ª Turma Cível, TJDF, rel. Des. Waldir Leôncio Júnior, j. 04/04/2005.

4 VIEIRA SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e a defesa do fornecedor. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 139.

riscos que o cigarro poderá gerar aos seus consumidores (vício de informação); (b) na publicidade insidiosa e hipócrita difundida há tempos pelas fornecedoras de tabaco, vinculando o cigarro a situações como sucesso profissional, beleza, prazer, saúde, requinte etc.; (c) no fato de as indústrias do fumo inserirem no cigarro substância que acarreta dependência aos seus utentes (nicotina), obrigando-os a consumir mais e mais o produto nocivo, não por uma escolha consciente, mas em razão de uma necessidade química¹.

De qualquer maneira, como se mencionará adiante, a responsabilidade civil decorre também desde a perspectiva do princípio da boa-fé vigente no Código Civil desde 1916 e torna ilícita a comercialização de produto inerente ou potencialmente perigoso à saúde em virtude de ato ilícito consistente na negligência decorrente da omissão da publicidade advertindo sobre os malefícios graves e até mortais do consumo de cigarros.

III – O cigarro como produto inerentemente perigoso

O tabaco – assim como o álcool e as armas de fogo – é considerado como um produto *inerentemente perigoso* por conter em si riscos para as vítimas e cujo próprio projeto ou natureza implica uma série de características em virtude das quais não é possível a existência de uma alternativa mais segura, uma vez que se assim se fizesse se descaracterizaria a própria natureza desse produto. Trata-se de produtos nos quais ocorre o paradoxo de que podem ocasionar conseqüências muito negativas, porém, nem por isso, podem ser reputados como inseguros ou desarrazoadamente perigosos².

A questão é debatida porque não cabe dúvida de que, sob um teste de risco-utilidade, não é o mesmo comparar um cigarro, cuja única função é fumar – o que agora está demonstrado multiplica a limites indesejados a possibilidade de desenvolver tanto câncer como enfermidades respiratórias e cardiovasculares –, que, por exemplo, uma faca, a qual, se bem por sua própria natureza, é um objeto cortante com todas as implicações que esta característica importa. Isso mesmo é o que o converte em um instrumento muito útil socialmente. O texto clássico, nos Estados Unidos da América, sobre essa classe de produtos era o *Comment i do Second Restatement*, que sustentava que ‘muitos produtos não podem possivelmente ser feitos inteiramente seguros para todo consumo, e todo alimento ou medicamento implica necessariamente algum risco de dano, inclusive quando provenha de seu consumo excessivo. O ‘bom tabaco’ não é desarrazoadamente perigoso porque os efeitos de fumar possam chegar a ser perigosos. O *Second Restatement* seguia o teste das expectativas do consumidor, pelo que caberia ver se o tabaco poderia ser considerado ‘bom’ sob um teste de risco-utilidade. Millner destaca a idéia de que um produto ‘inerentemente’ perigoso não necessariamente será ‘irrazoavelmente’ perigoso, também sustenta que o critério de razoabilidade pode estar dado pela utilidade social da fabricação ou distribuição de um determinado produto, destacando que ‘os preparados farmacêuticos e os cigarros não estão necessariamente no mesmo nível’. Seja como for, a doutrina é unânime no momento de considerar que, na medida em que os perigos inerentes sejam conhecidos pela generalidade das pessoas, estes produtos não exigem sequer advertências sobre suas conseqüências perigosas. Deste modo, a condição de ‘inerentemente perigoso’ de um produto não tem porque coincidir com a de ‘desarrazoadamente perigoso’. Esta última situação ocorreria quando os danos se produzam como conseqüência de defeitos que surgem de uma circunstância alheia à própria natureza perigosa do produto, tal como ocorre, por exemplo, no caso de um envenenamento como conseqüência da ingestão de álcool adulterado³.

O sistema moderno de responsabilidade por produtos defeituosos nos Estados Unidos da América se configura como um sistema de responsabilidade objetiva, embora a objetividade decairá: (a) quando se trate de produtos inevitavelmente perigosos; (b) quando o fabricante cumpra com seus deveres de advertência. Em relação à doutrina sobre ‘produtos inevitavelmente perigosos’, o chamado ‘*Comentario K*, da Seção 402 A, do *Restatement (Second)* dispôs sobre uma hipótese nada infreqüente em matéria médica, a existência de produtos inevitavelmente perigosos (*‘unavoidably unsafe products’*), nos quais, dado o estado do conhecimento científico no momento de sua produção ou comercialização, é impossível uma certa previsão de riscos. A administração do medicamento está justificada apesar do risco latente e sempre que seja corretamente preparado e vá acompanhado das advertências e instruções pertinentes, não se considerará irrazoavelmente perigoso (*‘unreasonably dangerous’*) nem gerará responsabilidade objetiva alguma. Esse regime de responsabilidade objetiva erodiu quando a jurisprudência consagrou a doutrina de que era ilógico responsabilizar as empresas farmacêuticas (e à indústria em geral) pelos danos que não podiam ser previstos. É dizer, a previsibilidade (*‘foreseeability’*) se consagrou como requisito sine qua non da responsabilidade por produtos defeituosos. O *American Law Institute* formulou uma nova proposta de revisão desta norma. O *Restatement (Third) of Torts: Product Liability*, de 1 de abril

1 DELFINO, Lúcio. Responsabilidade Civil das indústrias Fumígenas sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, nº 51, jul/set 2004, p. 172-197.

2 OWEN, David G. Products liability law, op.cit., p.648; MOLINERO, Ramiro José Prieto. El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos. Dykinson, Madrid, 2005, pp.155-156.

3 MOLINERO, Ramiro José Prieto. El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos, op.cit., pp.156-157.

de 1997, de especial incidência em matéria de produtos farmacêuticos, e que foi acolhido no caso *Tobin v. Smithkline Beecham*, pelo Tribunal Supremo de Wyoming, pretende afrontar questões inadequadamente resolvidas, como os defeitos de projeto (*'design'*) ou a falha no dever de advertência. O *New Restatement* diferencia três hipóteses de responsabilidade por defeito nos produtos: o defeito na produção (*'manufacturing defect'*), o defeito de projeto (*'defective in design'*) e o dano derivado de defeituosas instruções ou advertências (*'defective because of inadequate instructions or warnings'*). Em suma, a regulação da responsabilidade por danos provocados por produtos defeituosos nos Estados Unidos da América, tem uma origem contratualista, evoluindo para um sistema objetivo posteriormente e, finalmente, no *Restatement (Third)* acolhe os dois tipos de responsabilidade: objetiva para os defeitos de produção e culpabilística para defeitos de projeto e inadequação das instruções e advertências¹. Sobre a evolução jurisprudencial nos Estados Unidos da América até chegar à denominada 'terceira onda', onde a tendência, inclusive avalizada pela Suprema Corte, firmou-se em sentido condenatório, remeto a voto detalhado de minha relatoria prolatado na Apelação Cível nº 70016845349, 9ª Câmara Cível desta Corte, unânime, j. 12/12/2007, limitando-me aqui a transcrever excerto da ementa do aludido acórdão a bem da brevidade, *verbis*: “A recente terceira grande onda de litigância contra as empresas de tabaco nos Estados Unidos da América alterou seu curso de modo que está se consolidando a tendência dos Tribunais norte-americanos em condenar as empresas tabagistas. A partir de maio de 1994, se fizeram públicos documentos internos (conhecidos como *'cigarette papers'*) de algumas empresas tabagistas, que revelariam que as indústrias do fumo sabiam dos riscos para a saúde derivados do consumo de tabaco desde princípios e meados dos anos cinquenta e, apesar disso, teriam omitido as advertências relevantes ao ponto de, recentemente, os governos dos Estados da União terem decidido acionar, por meio de *'class actions'* a indústria de cigarros para obter o reembolso dos gastos médico-sanitários destinados à saúde por danos relacionados ao tratamento de enfermidades presumidamente relacionadas com o consumo do tabaco”.

Na Itália, a Sentença n. 1015/05, de 07/03/2005, da *'Sezione I Civile'* da *'Corte d'Appello di Roma'*, relator Bonavitacola, condenou o *'Ente tabacchi italiani (Eti)'*, a pagar 200 mil Euros aos familiares de Mario Stalteri – que faleceu em razão de *neoplasia pulmonar*, é dizer, tumor classificado como “adenocarcinoma solido con produzione di muco” – por omissão ligada a falta de informação aos consumidores do perigo derivado do fumo.

A Corte de Apelação de Roma examinou inicialmente a questão de “se a neoplasia pulmonar encontra a sua causa no fumo do cigarro, no sentido que o resultado possa enquadrar-se entre as conseqüências normais e ordinárias do fumo e se coloque, portanto, no âmbito da linha normal de desenvolvimento da série causal, segundo um sério e razoável critério de probabilidade científica, embora ausente certeza absoluta, mais além de toda dúvida razoável, e reconheceu como *“altamente provável, em medida superior a 80%, a existência de relação causal entre a neoplasia e o hábito prolongado de fumar cigarros”*. Além disso, “ao menos, muito anos antes, da entrada em vigor da Lei n. 428, de 29/12/1990, se advertia sobre a necessidade de informar os fumantes sobre os efeitos nocivos do fumo sobre a saúde, não obstante ainda não estivesse prevista a publicidade, estabelecida pela mencionada lei mediante aposição direta sobre invólucros de cigarros de um texto que indicasse inequivocamente o risco para a saúde, passando de expressões iniciais mais genéricas (*'o fumo faz mal à saúde'*) a expressões sempre mais dramaticamente explícitas (*'o fumo mata'*, *'o fumo provoca o câncer'*, *'o fumo provoca câncer mortal aos pulmões etc.'*), de modo a dissuadir os fumantes mais atentos à tutela da saúde e mais responsáveis para cessar de fumar”.

Pode afirmar-se, portanto, que a ETI, produzindo e vendendo tabaco, exercia uma atividade perigosa, no sentido do art. 2.050 do Código Civil [italiano], porque os cigarros, tendo como única destinação o consumo mediante o fumo, contêm em si, pela sua própria natureza e pela sua composição bioquímica, uma potencial carga de nocividade, podendo do fumo derivar danos à saúde e, em muitos casos, o pior dos males, o câncer pulmonar”. “E, porque aquele risco tinha como alvo a saúde, é dizer, um bem primordial do homem, tutelado pela Carta Constitucional (artigo 32) como direito fundamental do cidadão, o ente era obrigado a usar toda a cautela para evitar que o risco se transformasse em dano concreto. A primeira cautela elementar era a de informar o consumidor destinatário da venda dos riscos do fumo”. A Constituição Federal brasileira similarmente reconhece o direito à saúde como um direito social fundamental².

Neste ponto, a Corte de Roma qualificou “a relação entre consumidor de cigarros, de um lado, e produtor e distribuidor, de outro lado, conforme a relação especial (*'special relationship'*), de *'contato social'* tal a elevar em maneira exponencial os padrões de

1 Cfe. FLORES, Luis Fernando Barrios. “Responsabilidad por suicidio como consecuencia del tratamiento antidepresivo (El caso Tobin v. Smithkline Beecham)”, La Ley, n. 5434, in www.laley.net/diario_1206_doc%271.html, acesso em 06/12/2001.

2 Vide, art. 6º, segundo o qual “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” e o art. 196, conforme o qual “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

diligência exigíveis, pelo menos sob o perfil dos ônus ‘informativos’ e ‘de apresentação’ em relação ao consumidor”. Precisamente a subsistência de tal ‘*special relationship*’ possui relevo sob dois distintos aspectos: com relação às empresas produtoras, para pôr a cargo do produtor de bens assim perigosos e nocivos, um dever de cuidado (‘*duty of care*’) que exceda os restritos confins estabelecidos pela legislação estatal e comunitária, para alcançar a adoção de cautelas bem mais plenas e eficazes em relação às positivamente impostas”.

Segundo comentário de Giovanni Adamo, advogado e professor de Direito Civil da Universidade de Bolonha, o dogma da voluntariedade de fumar como excludente da responsabilidade se presta a objeções. Em primeiro lugar, tal como o Direito protege o contratante em erro, em relação a direitos patrimoniais, ao comprovar que ele não contrataria se a representação da realidade fosse correta, analogamente devem ser tutelados os interesses expostos quando sejam de natureza personalíssima e indisponível, à luz do direito à saúde e à integridade física. Os deveres constitucionais de solidariedade social, que emanam da Constituição, assumem a primazia também para os fins de determinar a amplitude do direito à livre atividade da empresa e dos relativos limites. Além disso, tratando-se de direitos indisponíveis (vida e saúde), resulta do dever de solidariedade social que o produtor de bens destinados ao grande público e que exerce atividades perigosas são obrigados a adotar medidas de salvaguarda que não exijam especiais cautelas de parte de terceiros, aos quais não se pode, portanto, atribuir culpa pela omissão na adoção de tais cautelas. Ademais, o consentimento não é de regra reconhecível na participação ou utilização de atividades perigosas lícitas. Quem exercita uma atividade perigosa lícita está de fato obrigado a salvaguardar todos os terceiros que estão expostos ao perigo, e em primeiro lugar aqueles que desfrutam de dita atividade. A participação ou utilização de uma atividade perigosa é, pois, de entender-se sob o pressuposto de que o sujeito esteja obrigatoriamente salvaguardado contra os danos que dele possam decorrer. Por fim, não pode ser considerado que ante um produto o qual, entre outras coisas, gera notória dependência física e psíquica, o princípio seja a possibilidade de que o uso degenerem em ‘abuso’, e que, portanto, a previsibilidade de tal ‘abuso’ permita atribuir a cargo do produtor um dever de cuidado maximamente elevado, mas a reinterpretar a atribuição do ônus informativo não positivamente estabelecido¹.

Como disse a Corte de Roma, “desimporta, à luz do conhecimento científico divulgado por anos em cada nível, não pudesse ignorar os efeitos nocivos do fumo, independentemente da específica e direta informação do produtor e que, portanto, pudesse efetuar uma livre e consciente escolha entre o fumar, assumindo os relativos riscos, e o não fumar, assim afastando tais riscos, com o efeito final que somente a ele deveria recair a responsabilidade pelo resultado. Na verdade, a sua conduta, frente à presunção de responsabilidade do ente produtor, não superada por prova contrária, seria irrelevante, não tendo o ente fornecido a prova contrária de uma conduta sua idônea a evitar o dano. Em todo caso, a hipótese do conhecimento por parte dele por outro meio, diverso da informação do produtor, da nocividade do fumo, deveria ser demonstrada, não podendo excluir-se que se desse conta da nocividade somente pouco tempo antes de cessar de fumar, quando nesse momento o fumo já havia produzido os seus efeitos devastantes. Deve, portanto, afirmar-se a responsabilidade da ETI pelo danos sofridos pela morte do seu cônjuge resultante do câncer pulmonar contraído por causa do fumo de cigarros²”.

O tabaco, seja considerado como produto defeituoso em si, seja pela falta de informação adequada – porque a advertência geral de que é prejudicial à saúde poderia ser insuficiente –, é suscetível de causar danos que seriam exigíveis com base na lei de responsabilidade civil por danos causados por produtos defeituosos³. Nesse sentido, Lúcio Delfino, classifica o cigarro como produto ‘*potencialmente nocivo*’ ou perigoso à saúde de seus consumidores (art. 9º, CDC), portanto, é um produto inseguro que pode gerar acidentes de consumo em virtude dos defeitos de concepção e de informação, não obstante *permitida sua comercialização* (§ 4º, do art. 220, da CF), *desde que seus fornecedores informem, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade*⁴, o que não ocorria à época em que a demandante começou a fumar e assim persistiu durante muitos anos até que o dever de advertência sobre os malefícios do cigarro se tornou obrigatório. Porém, independentemente da incidência do CDC, à luz do Código Civil, segundo o princípio da boa-fé, a omissão em realizar a devida publicidade pela empresa fabricante/fornecedora de cigarros, ciente da sua nocividade à saúde do consumidor, ocultando sobre os riscos reais e letais que podem advir do seu consumo, gera um dever

1 Vide ADAMO, Giovanni. La Tabacco Litigation in Italia – Il risarcimento del danno da fumo attivo – Riflessioni sulle prime, controverse, pronunce giurisprudenziali, p.6, in <http://www.diritto.it/archivio/1/20018.pdf>, acesso em 26/04/2007. Essa é também a regra adotada pelo sistema brasileiro, pois o art. 171 do CC/2002 e o art. 147 do CC/1916 prevêm que o negócio jurídico resultante de vício de erro é anulável.

2 <http://www.overlex.com/leggisentenza.asp?id=137>, acesso em 19/08/2007.

3 SÁNCHEZ, Antonio José Vela. *Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*. Editorial Comares, 2004, p.108

4 DELFINO, Lúcio. Responsabilidade civil e tabagismo no Código de Defesa do Consumidor. Belo Horizonte, Del Rey, 2002, pp.96-102 e 168-169, que, no entanto, salienta que a nicotina, substância responsável pela dependência do fumante, é um defeito de concepção que perdura desde a criação do cigarro, por tornar o consumo de cigarros um comportamento involuntário, tolhendo a capacidade de escolha do fumante em ação do vício que provoca.

indenizatório baseado no ato ilícito culposo, também sob a perspectiva do Código Civil: art. 159, CC/1916 e art. 186, do CC/2002.

IV – Da responsabilidade objetiva pelo defeito do produto prevista no art. 6º, VI, do CDC e pelo fato do produto, insculpida no art. 12 do CDC

Neste passo, a responsabilidade civil é objetiva, nos termos do art. 14 do CDC, isentando-se da responsabilidade *somente quando provar* a inexistência do defeito ou a culpa exclusiva da vítima (consumidor) ou de terceiro (§3º do art. 14, CDC). Trata-se, na hipótese, de *inversão legal do ônus da prova*, na qual a ré possui o ônus de provar alguma das causas excludentes previstas no § 3º, do art. 14, do CDC.

Por sua vez, o § 1º, do art. 12, do CDC, após salientar que só há responsabilidade civil do fornecedor se houver defeito no produto introduzido no mercado, dispõe, a título *exemplificativo*, que “*o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera*, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – sua apresentação; II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi colocado em circulação”.

Portanto, o conceito de defeito não se relaciona propriamente com a inaptidão do produto para seus fins, mas, antes, com a violação de uma legítima expectativa de segurança, que é capaz de provocar danos aos consumidores¹. O ‘*critério da expectativa legítima dos consumidores*’, no entanto, não é aquela individual do consumidor-vítima (que sofreu o dano), mas é estabelecido tendo por base a concepção coletiva da sociedade de consumo (critério do ‘homem médio’), é dizer, o produto será considerado defeituoso se ocasionar, por exemplo, uma determinada doença na generalidade dos consumidores², tal como se demonstrará adiante ao explanar sobre o elevado risco de câncer e outras enfermidades graves para a saúde do fumante e sua aptidão para produzir cardiopatia isquêmica na demandante.

Em se tratando de consumo de cigarros, no caso *sub examine*, também possível cogitar-se da responsabilidade pelo fato do *produto* – também denominado *acidente de consumo* –, em que pese ser exceção a responsabilidade do fabricante sob tal fundamento, tendo em vista que o cigarro é um produto, caracterizado por sua periculosidade inerente, cuja fabricação e distribuição é lícita e nem sempre ocasiona o desenvolvimento de patologias e morte dos consumidores.

A licitude da conduta da ré, em fabricar e comercializar cigarros, não importa ao deslinde do feito, para o que imprescindível é examinar as particularidades do produto colocado no mercado, seja no plano interno, seja no plano externo. Os atos ilícitos, sem a intenção de esgotá-los, restaram configurados: (a) na omissão das fornecedoras de tabaco em informar, à época em que a autora iniciou a fumar, de maneira adequada e clara, sobre as características, composição, qualidade e riscos que o cigarro poderia gerar aos seus consumidores (vício de informação); (b) na publicidade insidiosa e hipócrita difundida há tempo pelas fornecedoras de tabaco, vinculando o cigarro a situações como sucesso profissional, beleza, prazer, saúde, requinte etc.; (c) no fato de as indústrias do fumo inserirem no cigarro substância que acarreta dependência aos seus utentes (nicotina), obrigando-os a consumir mais e mais o produto nocivo, não por uma escolha consciente, mas em razão de uma necessidade química.

V – O nexo de causalidade na responsabilidade pelo produto

O exame da evolução da teoria sobre a responsabilidade pelo produto no direito comparado, mormente nos *Estados Unidos da América*, revela uma dissolução da concepção do nexo causal como razoável vinculação entre uma causa e um efeito, governado por leis científicas, em favor do acolhimento de uma concepção probabilística do nexo de causalidade. A jurisprudência, colocada diante de um déficit cognoscitivo sobre qual era o agente tóxico produtivo do dano, privilegiou um modelo heurístico fundado sobre o *risco*: quando o resultado danoso parece concretizar o risco inerente ao exercício da atividade industrial (conexão do risco), o resultado pode ser imputado à ação do produto defeituoso. O problema do nexo de causalidade acaba por perder grande parte da sua autonomia, não sendo mais distinguível da identificação da própria regra de responsabilidade. O instituto do nexo causal fica, portanto, em grande parte governado pela regra da eficiência econômica: o antecedente causal é interpretado segundo uma lógica funcional às exigências de compensação que invadem o sistema, com base nas quais o fato danoso é imputado àquele que se encontra na posição ideal para poder se assegurar contra o risco³.

1 CALIXTO, Marcelo Junqueira. A Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento, op.cit., pp.133-134 e 143.

2 NORRIS, Roberto. Responsabilidade Civil do Fabricante pelo Fato do Produto, op.cit., p. 42; CALIXTO, Marcelo Junqueira. A Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento, op.cit., p. 139.

3 PIERGALINI, Carlo. Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e político-criminali. Milano, Giuffrè editore, 2004, pp.123-

Nos casos de exposição a substâncias tóxicas (caso do amianto), a jurisprudência norte-americana se inspirou, predominantemente, na regra do *'mais provável que não'*, segundo a qual, aos fins do reconhecimento do ressarcimento do dano, não basta provar a idoneidade da substância para provocar o dano (a denominada causalidade geral ou condição suficiente), mas é necessário, além disso, demonstrar, por parte do autor, a causalidade individual, é dizer, a circunstância que, no caso concreto, tenha sido aquela substância (e não outros fatores de risco) que determinou o dano. É claro que tal versão da causalidade exige um ônus probatório extremamente gravoso para a vítima, impossível de ser atendido: ante patologias multifatoriais como a cardiopatia isquêmica é impossível excluir, efetivamente, a presença e atuação, no caso concreto, de outros fatores de risco¹. Algumas decisões, guiadas por exigências de natureza compensativa, numa perspectiva próxima à visão probabilística da causalidade, valorizam no âmbito probabilístico os resultados das investigações epidemiológicas: levando em conta que estas não podem fornecer prognósticos individuais, se contentam com a demonstração que a exposição à substância tóxica aumentou o risco do dano, desde que tal incremento seja duplo em relação ao risco corrido pelo sujeito exposto à substância tóxica².

Os casos de responsabilidade pelo produto se caracterizam precisamente por não oferecer, ou não fazê-lo de modo confiável, conhecimentos empíricos seguros – tradicionalmente considerados centrais para a determinação da causalidade³.

Há uma erosão do paradigma causal do tipo nomológico e uma ruptura da idéia 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 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 risco⁴.

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 foram 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 diverso⁵.

As mais conhecidas decisões judiciais sobre responsabilidade penal pelo produto havidas na Alemanha – casos Contergan (ou da talidomida), do pulverizador para o couro (Lederspray ou Erdal) ou do protetor de madeira (*Holzschutzmittel*) – e Espanha – caso da Colza (canola) –, reavivou intensamente o debate sobre a causalidade⁶. Houve casos de responsabilidade pelo produto, como os casos Contergan, Lederspray, ocorridos na Alemanha, e o caso da *'Colza'*, na Espanha, nos quais era controvertida a relação causal que se aplicou para a determinação da causalidade da conduta do autor em relação ao resultado. 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 geral⁷. A questão fundamental

125.

1 PIERGALINI, Carlo. Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e político-criminali, op. cit., pp.132-133.

2 PIERGALINI, Carlo. Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e político-criminali, op. cit., p.133.

3 HASSEMER, Winfried/Muñoz Conde, Francisco. La responsabilidad por el producto en derecho penal, op. cit., p.143.

4 PIERGALINI, Carlo. Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e político-criminali, op. cit., pp.168-173.

5 PIERGALINI, Carlo. Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e político-criminali, op. cit., pp.190.

6 TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. Repercusión de la *'responsabilidad penal por el producto'* en los principios garantizadores y la dogmática penales, in Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal. Cuadernos de Derecho Judicial, VII, 2006, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp.158-159.

7 PUPPE, Ingeborg. "Problemas de imputación del resultado en el ámbito 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,

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 pouco depois do parto. Pois embora existisse uma correlação estatística entre as mesmas e a aplicação do medicamento sedativo, não pôde determinar-se cientificamente a existência de uma lei causal geral e os múltiplos informes de peritos muito qualificados resultavam contraditórios em relação à etiologia e patogênese da enfermidade¹. 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 produtos².

No caso Erdal ou Lederspray se tratava de determinar a responsabilidade penal de vários dirigentes de uma empresa de produção e outras duas empresas filiadas de distribuição de um *spray* para calçado e pele comercializado sob as marcas Erdal e Solitär, em relação às lesões sofridas por alguns dos consumidores do produto após sua utilização³. Tanto o Tribunal de instancia como o BGH condenaram os administradores das empresas (produtoras e as filiais distribuidoras) como co-autores de lesões cometidas em comissão por omissão da ação de retirada do produto do mercado e por co-autoria comissiva de lesões dolosas em relação aos produtos postos no mercado posteriormente à Comissão Extraordinária da Cúpula de direção da empresa matriz, na qual o químico dirigente do laboratório central informou que, após todas as investigações realizadas, não se podia afirmar a toxicidade do *spray*⁴. No caso Erdal ou Lederspray, o BGH afirma a conexão causal entre o uso do produto e as lesões produzidas nos consumidores, apesar de desconhecer qual é a substância que causa o dano e como se produz este. O conhecimento do concreto processo causal é irrelevante a efeitos penais, sempre que exista uma conexão entre produto e dano e fique excluído qualquer outro fator como possível causa do dano. No caso Lederspray, o Tribunal Supremo Federal 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 dúvidas⁵. 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 dano⁶. Aliás, não só na Alemanha, mas os Tribunais de Quebec também denotam nítida tendência a inserir o problema da causalidade como questão de fato, adotando sempre, no caso concreto, a teoria mais favorável aos directos da vítima, prevendo, inclusive, a adoção dos princípios da equidades e solidariedade⁷. Assim, quando de forma bastante freqüente se desconhece com precisão se o fato danoso se erigiu ao status de condição necesaria do dano, a questão se desloca mais para o âmbito da prova. Impõe-se, então, recorrer à noção de probabilidade do dano, que teria o condão de facilitar a prova da causalidade⁸.

No caso da intoxicação por ‘*aceite de colza*’ ocorrido na Espanha, se distribuiu 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 enfermidade⁹.

O Tribunal Supremo da Espanha, de forma similar ao BGH alemão, afirma também que para a constatação da conexão causal não é necessário conhecer o concreto mecanismo causal, nem reproduzi-lo experimentalmente, mas basta a existência de uma conexão estatística entre o azeite e a produção do dano e que fiquem excluídas outras possíveis causas. Considerou o TS que “se deve considerar que existe uma lei causal quando, comprovado um fato em um número bastante considerável de casos similares, seja

pp.222-223.

1 RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. “Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos”, in VV.AA. Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores (coord. Javier Boix Reig/Alessandro Bernardi), Iustel, Madrid, 2005, p.117.

2 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.

3 RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. “Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos”, op.cit., p.118.

4 RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. “Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos”, op.cit., p.118.

5 HASSEMER, Winfried/Muñoz Conde, Francisco. La responsabilidad por el producto en derecho penal, op. cit., p.140.

6 HASSEMER, Winfried/Muñoz Conde, Francisco. La responsabilidad por el producto en derecho penal, op. cit., pp.1151-155.

7 MORSELLO, Marco Fábio. O nexo causal e suas distintas teorias: apreciações críticas. Revista do IASP, RT, jan./jun./2007, p.217.

8 MORSELLO, Marco Fábio. O nexo causal e suas distintas teorias, op.cit., pp.218-219.

9 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.

possível descartar que o acontecimento haja sido produzido por outras causas. Tais condições são suficientes para garantir uma decisão racional do caso desde o ponto de vista do Direito Penal¹”.

13.3. *A epidemiologia como método para determinar a causalidade geral na responsabilidade civil pelo produto*

O Tribunal Supremo da Espanha – apesar de que não foi possível provar com clareza, nem química, nem toxicológica, nem bioexperimentalmente, qual foi o concreto agente causal (a anilina a 2%, que ao que parece determinou, por transformação em anilida, seja espontaneamente durante o armazenamento e o transporte, seja a em razão das manipulações e tratamentos a que era submetido o óleo de canola, a presença do agente produtor da síndrome tóxica) da intoxicação, mas somente que todos os afetados tinham consumido o óleo de canola descaracterizado, assim como o desvio do óleo destinado a uso industrial ao consumo humano – considerou provado que foi o óleo de canola desviado ao consumo humano o veículo por meio do qual se produziu a intoxicação.

O Tribunal Supremo da Espanha, citando expressamente as decisões jurisprudenciais alemãs do caso ‘*Contergan*’ e do caso ‘*Lederspray*’, estabeleceu que uma lei causal natural pode ser admitida, quando pode se estabelecer uma associação e correlação entre o antecedente da ingestão do óleo e as conseqüências das mortes ou lesões (determinação da causalidade positiva) e seja possível descartar que outras causas tenham podido produzir essas conseqüências (causalidade negativa). Uma vez estabelecidos estes pontos, para a determinação de uma lei causal natural não é necessário que se tenha podido conhecer o mecanismo exato da produção do resultado (neste caso a toxina que produziu os resultados típicos). Em suma, o decisivo para o TS foi, tal como para os Tribunais alemães que se ocuparam de casos similares, a associação entre o produto e os danos e a exclusão de outros fatores alheios ao produto como produtores desses danos.

Com isso, pode dar-se por provada a relação de causalidade, formando sua convicção subjetiva a partir dos únicos dados objetivos que o processo permitiu estabelecer. Em outras palavras, uma lei causal geral pode servir para comprovar uma relação de causalidade entre uma ação e um resultado, embora não se pudesse identificar a causa concreta que produziu esse resultado. A prova epidemiológica pode, portanto, servir para que o julgador chegue a convicção subjetiva de que foi o produto o causante dos danos².

A peculiaridade que envolve tais casos concerne à complexidade do processo produtivo, com múltiplos fatores co-causantes cujos efeitos não podem isolar-se empiricamente, como pelo deficiente conhecimento científico naturalístico dos processos causais em questão, que impede a constatação empírica da relação causa-efeito no sentido das ciências experimentais, mediante o estabelecimento de uma lei causal geral³.

As *regularidades estatísticas*, que o BGH e o Tribunal Supremo aplicaram nos casos Erdal ou Lederspray e do azeite de canola, não são em realidade leis causais. Somente são indícios da existência de uma lei causal que ainda deve formular-se⁴.

No Século XXI devemos distanciar-nos da idéia ingênua segundo a qual as ciências naturais podem oferecer-nos uma certeza absoluta, pois se tornaram demasiado complicados os contextos científico e naturais que devem julgar-se em alguns processos penais e, em especial, nos relativos ao Direito Penal ambiental e à responsabilidade penal pelo produto. Também um tribunal deve ter, portanto, a possibilidade de aplicar uma proposição geral ainda controvertida em uma ciência empírica, porém bem confirmada e reconhecida por um setor relevante dessa ciência, tais como há tempo se faz nas perícias psicológicas e psiquiátricas, não existindo razão alguma para que na química ou toxicologia somente se admitam leis causais que estejam fora de discussão⁵. Dado que as ciências empíricas não dispõem de critérios de validade geral para a prova de hipóteses causais gerais (leis causais), um Tribunal pode considerar provada a relação causal, embora existam discrepâncias entre os peritos, baseando-se em uma hipótese causal que, embora possa ser controvertida, se reconheça suficientemente confirmada e reconhecida por um setor representativo da ciência empírica

1 RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. “Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos”, op.cit., p.123.

2 HASSEMER, Winfried/Muñoz Conde, Francisco. La responsabilidad por el producto en derecho penal. Tirant lo blanch. Valencia, 1995, pp.87-96.

3 RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. “Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos”, op.cit., p.122.

4 PUPPE, Ingeborg. “Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto”, op.cit., p.223. “Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos”, op.cit., p.126.

5 PUPPE, Ingeborg. “Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto”, op.cit., p.228; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. “Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos”, op.cit., p.126.

correspondente¹. A praxe oferece (e obriga), ainda quando exista dissenso nas correspondentes ciências empíricas, a que o juiz forme sua própria opinião sobre essa questão².

Segundo Hilgendorf, muitos dos problemas materiais e processuais da relação de causalidade na responsabilidade pelo produto podem solucionar-se se concentramos a comprovação da relação causal diretamente nas regularidades empíricas relevantes e ao mesmo tempo se tomam em consideração as regularidades estatísticas. A livre valoração da prova encontra seus limites na garantia do conhecimento empírico: o juiz deve basear-se nas leis causais geralmente reconhecidas pelos respectivos círculos de especialistas. Se estes rechaçam majoritariamente uma relação causal, tampouco o juiz tem autoridade para mantê-la. Em relação à segurança das possíveis leis causais e a adicional existência para o caso concreto de possíveis leis causais e a adicional existência para o caso concreto de possíveis leis causais relevantes, o juiz se encontra vinculado igualmente à opinião do círculo científico competente e não deve decidir exercendo sua própria autoridade. Nos casos duvidosos ou limítrofes, quando não predomine claramente uma opinião entre os cientistas, o juiz também deve emitir juízo sobre a causalidade recorrendo à ajuda de seus conhecimentos gerais sobre as relações causais e sua comprovação. Por último, a utilização de uma lei empírica como lei causal não é contraditório com o fato de que as substâncias danosas (ainda) não puderam ser isoladas³.

Mesmo os autores que criticaram a denominada ‘causalidade geral’, observaram que o Direito Penal unicamente podia aceitar essa criticada construção da causalidade se com ela pudessem excluir-se de modo absolutamente confiável condições causais alheias (ao produto e, portanto, não imputáveis ao produtor), sob pena de se transformar em uma imputação *contra reum*⁴. Com efeito, a prova estatística é utilizável quando se trata de provar o nexo de causalidade geral, mas somente no caso excepcional em que seja suficiente para fundar inferências em torno ao nexo de *causalidade individual*⁵. E isso é uma questão a ser resolvida em cada caso concreto.

Em relação ao nexo de causalidade na responsabilidade pelo produto, diversos casos julgados nos *Estados Unidos da América* revelam uma dissolução da concepção do nexo causal como razoável vinculação entre uma causa e um efeito, governado por leis científicas, em favor do acolhimento de uma concepção probabilística do nexo de causalidade. A jurisprudência, colocada diante de um déficit cognoscitivo sobre qual era o agente tóxico produtivo do dano, privilegiou um modelo heurístico fundado sobre o *risco*: quando o resultado danoso parece concretizar o risco inerente ao exercício da atividade industrial (conexão do risco), o resultado pode ser imputado a ação do produto defeituoso. O problema do nexo de causalidade acaba por perder grande parte da sua autonomia, não sendo mais distinguível da identificação da própria regra de responsabilidade. O instituto do nexo causal fica, portanto, em grande parte governado pela regra da eficiência econômica: o antecedente causal é interpretado segundo uma lógica funcional às exigências de compensação que invadem o sistema, com base nas quais o fato danoso é imputado àquele que se encontra na posição ideal para poder se assegurar contra o risco⁶.

No direito contemporâneo, em matéria de responsabilidade pelo produto, a causalidade deve ser entendida como ‘probabilidade’. Com efeito, tanto as hipóteses gerais universais (ou ‘leis causais’) como as hipóteses não universais (ou ‘*leis estatísticas*’) se obtêm indutivamente. Ambas as leis surgem (indutivamente) de uma série de observações. O que permite formular uma lei universal

1 PUPPE, Ingeborg. “Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto”, op.cit., p.229; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa.

2 KUHLEN, Lothar. “Cuestiones fundamentales 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, p.239.

3 Cfe. TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. Repercusión de la ‘responsabilidad penal por el producto’ en los principios garantizadores y la dogmática penales’, op.cit., pp.159-160.

4 TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. Repercusión de la ‘responsabilidad penal por el producto’ en los principios garantizadores y la dogmática penales’, op.cit., p.162, citando Hassemer, en Hassemer/Muñoz Conde. La responsabilidad, p.146.

5 TARUFFO, Michele. La prova scientifica nel processo civile. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Giuffrè editore, n. 4, Dezembro 2005, p.1105. Portanto, equivocada a conclusão sustentada por Eliana Leve que, diante da incerteza científica naqueles casos de doenças degenerativas com causas multifatoriais, os dados da epidemiologia não podem ser utilizados para o estabelecimento do nexo de causalidade entre a doença de um indivíduo e certo fator de risco em demanda judicial de responsabilidade civil enquanto não for sanada a dúvida científica a respeito do mecanismo do cancer e de outras doenças crônico-degenerativas (LEVE, Eliane. Nexo de causalidade e epidemiologia: impossibilidade de extrapolação dos dados epidemiológicos para o estabelecimento do nexo causal no caso concreto. In Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, Padma, v. 7, n. 26, abr. 2006, pp.177-192). Não se trata de extrapolar, mas sim de partir da causalidade geral e aplicá-la, quando houver elementos de convicção ao caso individual (causalidade específica). Veja-se que os Tribunais da Alemanha, Espanha, Itália, como já mencionado, afirmaram o nexo causal nos casos da talidomida, colza, e cigarro, respectivamente, apesar de não ter sido explicado pelos experts como ocorrera o processo causal.

6 PIERGALINI, Carlo. Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali, op. cit., pp.123-12

(causal) é o fato da não ocorrência de nenhum contra-exemplo, isto é, a inexistência de falsificação ou refutação. O que permite formular uma lei estatística ou probabilística, por sua parte, é a possibilidade de realizar uma generalização empírica não obstante a existência de contra-exemplos. A condição mínima para que essa possibilidade fique habilitada (e justificada) é que exista ‘*relevância estatística*’, é dizer, quando a relação de probabilidade entre premissas explicativas e conclusão a explicar é maior que a probabilidade de partida da conclusão¹. Nos âmbitos indeterminados, é dizer, nos quais intervêm um número elevado de variáveis, impera a explicação estatística ou probabilística. A economia, a medicina, a ecologia, a sociologia empírica, etc., são âmbitos nos quais intervêm um número muito elevado de variáveis relevantes com relação a cada acontecimento. Se tentássemos explicá-los com leis causais, fracassaríamos imediatamente em nosso cometido, pois essas disciplinas trabalham cientificamente formulando hipóteses de caráter estatístico ou probabilístico e utilizando leis estatísticas ou probabilísticas para explicá-las ou predizê-las. A utilização de leis causais nestes âmbitos é impossível².

Com relação ao âmbito determinado estatisticamente, as variáveis intervenientes são tantas (nível de colesterol, diâmetro das artérias, presença de stress, consumo de cigarros, estilo de vida, predisposição do organismo, etc.) que concentrar a explicação em uma só delas resulta temerário. Daí que nesta classe de âmbitos de variáveis múltiplas, hipóteses não probabilísticas (isto é, causais), não só tem pouco ou nulo poder explicativo, mas resultam simplesmente falsificáveis. Daí que elas devam ser deixadas de lado neste contexto, da mesma forma que as probabilísticas nos contextos causais³.

A teoria científica demonstrou que, em relação aos casos extremos de probabilidade 1 (=quase certeza de que o acontecimento ocorrerá) e de probabilidade 0 (= quase certeza de que o acontecimento não ocorrerá), as explicações estatísticas proporcionam muitas vezes mais certeza que as causais⁴. Cabe ressaltar a enorme importância prática das explicações estatísticas, sem as quais diretamente não teriam sentido disciplinas como a economia, a sociologia empírica e a medicina, para somente mencionar três áreas onde as explicações estatísticas são praticamente excludentes⁵. Com isso fica demonstrada a paridade científica entre leis causais e estatísticas, apesar de que há uma diferença de índole ou de pretensão entre explicações causais e estatísticas: uma explicação causal pretende ter sempre validade universal; uma explicação estatística, entretanto, não pretende isso nunca. Em âmbitos de domínio causal se exigem hipóteses explicativas com pretensão de validade universal; em âmbitos de domínio estatístico isso não se exige.

Nos âmbitos determinados estatisticamente o juiz somente poderá permitir-se duvidar quando a correlação estatística seja o suficientemente débil para tornar, precisamente, duvidosa a relevância dos antecedentes fáticos e legais em relação do conseqüente. E obviamente isso não tem porque ocorrer ante a só possibilidade hipotética ou inclusive a presença real de um caso isolado contrário (de um contra-exemplo), ou inclusive de vários, pois a certeza que pode proporcionar um enunciado estatístico não depende de seu grau (quantitativo) de probabilidade, mas de que seja absolutamente segura a relevância estatística do antecedente em relação ao conseqüente. Isso é o que resulta da não pretensão de universalidade das hipóteses estatísticas⁶.

Sinteticamente, para que uma explicação estatística ou probabilística seja segura, isto é, proporcione certeza processual, não é necessário que o grau de probabilidade da hipótese formulada seja alto, mas basta que exista uma correlação estatística forte (ou segura) entre antecedente e conseqüente, isto é, que nenhuma variável de prova demonstre a irrelevância da estatística do antecedente em relação ao conseqüente.

No mesmo sentido, Federico Stella, Professor Catedrático da Universidade Católica de Milão, Itália, propõe a tese de que as hipóteses estatísticas, ainda quando sejam relativas a ‘percentuais’ postos entre 0% ou 100% dos casos, podem justificar a imputação do evento ao agente⁷. A asserção geral que ‘a ingestão de talidomida é seguida de deformações do feto em um percentual elevado de casos’

1 PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “Causalidad y determinación: el problema del presupuesto ontológico en ámbitos estadísticos o probabilísticos”, in RBCCRIM n. 60 (2006), pp.55-56.

2 PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “Causalidad y determinación: el problema del presupuesto ontológico en ámbitos estadísticos o probabilísticos”, op. cit., pp. 57-58.

3 PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “Causalidad y determinación: el problema del presupuesto ontológico en ámbitos estadísticos o probabilísticos”, op. cit., p. 68.

4 PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “Causalidad y determinación: el problema del presupuesto ontológico em ámbitos estadísticos o probabilísticos”, op. cit., p.66.

5 PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “Causalidad y determinación: el problema del presupuesto ontológico en ámbitos estadísticos o probabilísticos”, op. cit., pp.66-67.

6 PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “Causalidad y determinación: el problema del presupuesto ontológico en ámbitos estadísticos o probabilísticos”, op. cit., pp.74-75

7 STELLA, Federico. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*. In *nesso di conzionamento fra azione ed evento*. Giuffrè,

poderia ser considerada uma lei explicativa, uma lei com a ajuda da qual poderia ser verificada, no caso concreto, a relação causal¹. Mesmo que se mantenha a distinção entre leis universais e leis estatísticas, de qualquer maneira se deve admitir que o nexos entre resultado e ação pode ser estabelecido com a ajuda de leis estatísticas². As leis estatísticas dão lugar ao mesmo tipo de explicação – uma explicação com um grau de credibilidade racional (= probabilidade lógica) mais ou menos elevado – que se poderia alcançar usando leis de forma universal³. A conclusão é que as generalizações adotadas na explicação de ações humanas teriam somente uma forma estatística em lugar de uma forma rigorosamente universal⁴. As leis biológicas e fisiológicas são predominantemente de caráter estatístico⁵. Para o direito penal, é causal também a explicação baseada sobre leis estatísticas⁶. A explicação probabilística significa que o enunciado explicativo deve aparecer, com base nas ‘informações’ disponíveis, racionalmente crível; melhor ainda, deve resultar provida de um grau elevado de credibilidade racional⁷.

Em síntese, o resultado lesivo pode ser objetivamente imputado ao agente quando se pode dizer que a asserção ‘sem o comportamento do agente o evento não teria ocorrido’ é altamente provável ou racionalmente crível. Altamente provável em relação a determinadas ‘informações’, e mais precisamente em relação às informações contidas nas premissas explicativas e também às proposições (implícitas ou explícitas) concernente ao problema da pluralidade de causas. Em essência, a tese consiste em que o resultado pode ser imputado ao agente somente quando a asserção relativa à existência do nexos de condicionamento satisfaça o requisito do alto grau de ‘confirmação’ ou de ‘credibilidade’, e tal requisito pode considerar-se satisfeito em todas as hipóteses nas quais o juiz, após haver enunciado as *leis universais ou estatísticas* pertinentes haja verificado que ocorreram as ‘relativas’ condições iniciais, sempre que, com base na ‘prova’ disponível, resulte improvável (= pouco crível) que o resultado tenha ocorrido pela intervenção de ‘outros’ processos causais (aos quais seja estranho o comportamento do agente)⁸.

Se é estatisticamente correto que por meio de uma mordida de serpente venenosa morre 80% das pessoas mordidas, não se pode negar a causalidade entre a morte da serpente e a morte destas pessoas, aduzindo que em 20% dos casos a vítima não morre⁹.

Recentemente, a doutrina e jurisprudência têm realizado uma distinção entre probabilidade estatística e probabilidade lógica. Com efeito, a necessidade de servir-se de leis estatísticas e o inevitável recurso à cláusula *coeteris paribus* (explicação parcial, fundada sobre premissas necessariamente incompletas) faz com que a verificação do nexos de causalidade tenha inevitavelmente um caráter probabilístico. Ocorre, em outros termos, ter bem distinta a probabilidade estatística e a probabilidade lógica. Enquanto a primeira expressa uma verificação empírica percentual sobre sucessão de certos eventos, a segunda, é dizer, a probabilidade lógica, contém a verificação adicional da credibilidade da utilização da lei estatística no caso concreto. Na presença de leis de cobertura estatística, portanto, para a constatação judicial do nexos de causalidade, além de ser estatisticamente provável, seja também logicamente crível (a denominada probabilidade lógica), é necessário que o juiz exclua a intervenção de outros fatores causais que, no caso concreto, poderia ter causado o resultado em alternativa à conduta do réu. Individuada a lei estatística, é necessário, portanto, completar a verificação adicional da credibilidade da utilização da lei científica no caso concreto, para examinar a consistência da denominada probabilidade lógica. Por exemplo, uma probabilidade estatística alta pode ter um escasso significado etiológico quando resulta que um certo resultado foi ocasionado por uma condição diversa; ao contrário uma probabilidade estatística baixa poderia considerar-se suficiente na explicação do nexos causal se resulta, no caso concreto, a insuficiência de outras possíveis causas de um certo efeito. Portanto, o nexos causal poderá considerar-se judicialmente comprovado somente quando, prescindindo do coeficiente de probabilidade estatística, exista uma elevada probabilidade lógica ou credibilidade racional que a conduta do sujeito tenha sido a causa do resultado¹⁰. No mesmo sentido, a jurisprudência da Corte de Cassação considera afirmável o nexos causal não obstante a falta

Milano, 1975, pp.309-310.

1 STELLA, Federico. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, op.cit., pp.310-311.

2 STELLA, Federico. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, op.cit., pp.311-312.

3 STELLA, Federico. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, op.cit., pp.312-313.

4 STELLA, Federico. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, op.cit., p.313.

5 STELLA, Federico. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, op.cit., p.314.

6 STELLA, Federico. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, op.cit., p.315.

7 STELLA, Federico. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, op.cit., p.315.

8 STELLA, Federico. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, op.cit., p.316.

9 MAIWALD, Manfred. *Causalità e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1999, p.99.

10 GAROFOLI, Roberto. *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Lexfor/Giuffrè, Milão, 2003, pp.290-292, mencionando recente decisão da Sezioni Unite 11 Setembro 2002, Franzese, que acolheu a distinção entre probabilidade estatística e lógica em tema de responsabilidade médica. A Suprema Corte considerou que enquanto a probabilidade estatística concerne à individualização da frequência que caracteriza uma determinada sucessão de eventos, a probabilidade lógica se refere à verificação adicional, sobre a base de toda a prova disponível, da credibilidade da utilização da lei estatística para o evento concreto e da persuasiva e racional credibilidade da verificação judicial. Daí a conclusão segundo a qual coeficientes

de uma probabilidade de condicionamento ‘próxima à certeza’¹.

Os casos de substâncias tóxicas apresentam numerosos problemas sérios em tema de responsabilidade pelo produto. Nos Estados Unidos, a prova do nexo causal nos casos de substâncias tóxicas sempre envolve, pelo menos implicitamente, duas formas separadas de prova causal: (1) a causalidade geral (*‘general causation’*), e (2) causalidade específica (*‘specific causation’*). Para estabelecer a ‘causalidade geral’, o autor deve provar que o agente suspeito é capaz de causar a específica lesão ou doença sofrida pelo queixoso. Algumas vezes a causalidade geral é por si só tão evidente, que pouca ou nenhuma prova é necessária. Geralmente, entretanto, o queixoso necessita provar afirmativamente a causalidade geral, como por estudos humanos controlados, estudos epidemiológicos de grupos populacionais, experiências com animais, estudos laboratoriais químicos de um agente e a doença, ou alguma combinação dessas formas de prova. A causalidade geral é na maioria das vezes provada com estudos epidemiológicos de grupos da população humana expostas ao agente suspeito, embora tais estudos são caros, consomem tempo, exige um grande número de pessoas que se exponham à substância, e algumas vezes antiéticos. Por isso, não é surpresa que a grande maioria das substâncias potencialmente perigosas não tem sido submetidas a estudos epidemiológicos. Em todo caso, os estudos epidemiológicos produzem cálculos do ‘relativo risco’ de adquirir uma doença pela exposição a um agente em comparação com o risco inerente de contrair doença ou lesão por outros fatores. Um risco relativo de 1% significa que o risco de contrair a doença não aumentou em nada pela exposição ao agente; um relativo risco maior que 1% significa que a exposição ao agente aumentou a probabilidade de contrair a enfermidade; e um relativo risco de 2% significa que a exposição ao agente duplicou o risco de uma pessoa de contrair a doença².

Os casos que envolvem incerteza científica suscitam uma das mais importantes questões agora enfrentadas pelo sistema de responsabilidade civil por ato ilícito (*‘tort system’*). No caso paradigmático, a prova científica disponível indica que o produto contém uma substância que poderia ser carcinogênica, mas a prova não estabelece que a substância é carcinogênica. Nesse caso, os Tribunais decidem se o queixoso provou satisfatoriamente que seu câncer foi causado pelo produto alegadamente defeituoso. Essa questão causal potencialmente surge toda vez que não se compreende completamente como uma substância interage com o organismo e produz um resultado adverso para a saúde, como o câncer. Na verdade, a grande questão debatida nos tribunais norte-americanos é o estabelecimento de um nexo de causalidade entre o vício de fumar e o surgimento do câncer. Após a decisão da Suprema Corte no caso *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, um número cada vez maior de Tribunais tem decidido que a causalidade nesses casos, em que não sabemos como uma substância interage com o corpo humano de pessoa determinada e produz câncer, deve ser estabelecida por prova epidemiológica (*‘epidemiologic evidence’*): isto é, pelo estudo de casos, distribuição e controle de doenças nas populações), mostrando que uma população de indivíduos expostos à substância investigada enfrentou, pelo menos, duas vezes mais riscos de sofrer a lesão em questão. A argumentação é que os estudos epidemiológicos constituem a única prova disponível demonstrativa de que a substância *‘mais provavelmente que não’* causou a lesão do queixoso, embora alguns críticos dessa orientação propõem como solução exigir atribuir o ônus da prova que o produto não é perigoso ao produtor³.

Perspectiva médica

As doenças cardiovasculares são definidas pela literatura média como o conjunto de doenças que afetam o aparelho cardiovascular, designadamente o coração e os vasos sanguíneos.

Dentre os fatores que aumentam o risco de uma pessoa vir a desenvolver doenças no aparelho cardiovascular, encontram-se a idade e a história familiar. Contudo, existe um outro conjunto de fatores de risco individuais sobre os quais se pode influir que estão, sobretudo, ligados ao estilo e ao modo de vida atual, dentre os quais se pode mencionar o tabagismo. Considerado o fator de risco mais importante na União Européia, estando relacionado a cerca de 50 % das causas de morte evitáveis, metade das quais devido à aterosclerose. Os efeitos nocivos do tabaco são cumulativos, quer no que se refere ao seu consumo diário quer ao tempo de exposição. O risco aumenta quando a exposição se inicia antes dos 15 anos de idade, em particular para as mulheres, uma vez que o tabaco reduz a proteção relativa aparentemente conferida pelos estrogênios. As mulheres que recorrem à anticoncepção oral (pílula)

de probabilidade ainda que não ‘próximos a 1’ podem, em um contexto probatório caracterizado pela obtenção da prova da inexistência de outros fatores etiológicos, conduzir a uma comprovação da existência do nexo causal; simetricamente, coeficientes elevadíssimos de probabilidade não podem por si só justificar o reconhecimento da subsistência do nexo causal na presença de um quadro probatório inidôneo a excluir a relevância, na reconstrução do processo produtivo do resultado, de explicação alternativa àquela centralizada sobre a conduta do médico. A sentença, de tal modo, refuta, portanto, qualquer automatismo entre nível de probabilidade estatística e êxito da comprovação judicial.

1 PALAZZO, Francesco. Corso di Diritto Penale. Parte Generale, 2ª ed., Giappichelli, Turim, 2006, p.245.

2 OWEN, David G. Products liability law, op.cit., pp.740-742; GEISFELD, Mark A. Principles of Products Liability. Foundation Press. New York, 2006, pp.162 e 187.

3 GEISFELD, Mark A. Principles of Products Liability, op.cit., pp.187-191.

e que fumam estão sujeitas a um maior risco de acidente cardiovascular: por exemplo, o risco de enfarte do miocárdio aumenta de seis a oito vezes.

O tabagismo é, sem dúvida, um risco cardíaco. Os fumadores de mais de um maço de cigarros por dia têm quatro vezes mais enfartes do miocárdio do que os não fumadores. Contudo, até o fumo de poucos cigarros por dia – tabagismo ligeiro – aumenta o risco de enfarte do miocárdio: o fumo de apenas um a cinco cigarros por dia aumenta o risco de 40%. Os não fumadores, quando têm enfartes, têm-nos dez anos mais tarde que os consumidores de tabaco. O tabagismo favorece o aparecimento da Angina de Peito, do Enfarte do Miocárdio e da Doença Arterial Periférica, e pode levar, inclusive, à morte. O risco de acidente vascular cerebral também aumenta nos fumadores de modo proporcional ao número de cigarros fumados por dia.

O consumo de charutos e o fumo de cachimbo também aumentam o risco de enfarte do miocárdio. O mesmo se aplica ao fumo de cigarros com filtro, fumo de cigarros “leves” e ao fumo sem inalação. Os não fumadores que vivem ou trabalham com fumadores, chamados fumadores passivos, estão também sujeitos aos malefícios do tabaco.

A cessação do hábito tabágico é isoladamente a medida preventiva mais importante para as doenças cardiovasculares. (<http://www.minsaude.pt/portal/conteudos/enciclopedia+da+saude/doencas/doencas+do+aparelho+circulatorio/doencascardiovasculares.htm>, acesso em 14/08/2008).

Segundo informações médicas, que hoje já integram até mesmo o senso comum, o tabagismo é um fator de risco que aumenta em dez vezes as doenças coronarianas em mulheres, *verbis*: “(a) Aterações Cardiovasculares: O tabagismo é a principal causa de doença coronariana e a cardiopatia isquêmica é a maior causa de mortalidade no mundo moderno. O tabagismo acelera o processo de aterosclerose e predispõe a maior incidência de problemas isquêmicos. A nicotina aumenta a frequência cardíaca e a pressão sanguínea arterial transitoriamente, causando um estresse hemodinâmico; causa lesão endotelial, atua na elevação dos níveis de colesterol LDL e diminuição do HDL, aumenta a coagulabilidade sanguínea, o risco arritmogênico e causa uma hipoxemia relativa, devido ao maior teor de monóxido de carbono nos sangue dos fumantes. O tabagismo causa prejuízo tanto de forma independente como atua de forma sinérgica aos demais fatores de risco. A morte súbita é uma das manifestações de doença coronariana e ocorre quatro vezes mais em jovens fumantes do que em não-fumantes. O tabagismo se constitui numa ameaça importante e crescente a jovens e mesmo em crianças na atualidade. As mulheres também estão imitando os homens e o tabagismo entre o sexo feminino é outro problema crescente. O risco de doença coronariana em mulheres que fazem uso de anticoncepcionais orais e tabaco é de 10 vezes maior do que nas nãofumantes. (<http://paginas.terra.com.br/saude/bergonso/tabagismo.htm> acesso em 14/08/2008).

A ‘*causalidade específica*’ existe quando a exposição do queixoso à substância causou sua específica doença. Uma vez que a etiologia de muitas doenças é incerta, os Tribunais geralmente voltam-se à prova epidemiológica para ajudar a determinar tanto a causalidade específica como a geral. Desta maneira, como prova da causalidade específica, muitos Tribunais admitem grupos de estudos que mostrem pelo menos uma *duplicação* na incidência de uma doença em populações expostas (um risco relativo igual ou maior que 2%); muitos reconhecem a predominância de duplo aumento, sugerindo que a substância seja considerada ‘*mais provável que não*’ uma causa das lesões do queixoso¹.

No caso concreto destes autos, há notícia de que a autora tenha sofrido de hipertensão, apresentasse peso acima do recomendado para sua estrutura física e possuísse histórico familiar de doenças cardíacas.

Impende, contudo, salientar que apenas o histórico familiar e o tabagismo foram apresentados pela perícia judicial como fatores de risco (fls. 819), de sorte que os demais elementos se tornam pouco relevantes ao deslinde do feito.

Acerca da hipertensão sofrida pela autora, quando do parto de seu segundo filho, cumpre apenas ressaltar que o Dr. João Batista Machado Giongo (fl. 995), médico que a acompanhou, informou que “*o fato constante de hipertensão materna constante a folha 817 consiste fator de risco familiar para doenças cardiovasculares, não necessariamente cardiopatia isquêmica*”.

No que tange ao histórico familiar, não há nos autos evidências que demonstrem que familiares da autora tenham falecido em decorrência de problemas cardíacos. À fl. 817 o Perito Judicial menciona tão-somente que o pai da demandante teve morte súbita aos 74 anos e que sua mãe era hipertensa e faleceu aos 54 anos, após um evento neurológico. Cumpre, assim, salientar que nenhuma alusão é feita a doenças cardíacas. Em seu depoimento pessoal (fl. 994), a autora, informa que sua mãe havia falecido em razão de uma infecção pulmonar e seu pai por patologias relacionadas ao consumo de bebida alcoólica.

1 OWEN, David G. Products liability law, op.cit., p.743.

Ademais, o Dr. João Batista Machado Giongo, que prestou atendimento à demandante, atribuiu ao tabagismo a responsabilidade pela cardiopatia isquêmica que acometeu a autora (fl. 995). No mesmo sentido, o Perito Judicial (fl. 855) concluiu que “*sob o ponto de vista clínico, o tabagismo basta como único fator de risco identificado*”.

Com efeito, no direito contemporâneo, em matéria de responsabilidade pelo produto, a causalidade deve ser entendida como ‘probabilidade’. Assim, tanto as hipóteses gerais universais (ou ‘*leis causais*’) como as hipóteses não universais (ou ‘*leis estatísticas*’) se obtêm indutivamente. Ambas as leis surgem (indutivamente) de uma série de observações. O que permite formular uma lei estatística ou probabilística, por sua parte, é a possibilidade de realizar uma generalização empírica não obstante a existência de contra-exemplos. A condição mínima para que essa possibilidade fique habilitada (e justificada) é que exista ‘*relevância estatística*’, é dizer, quando a relação de probabilidade entre premissas explicativas e conclusão a explicar é maior que a probabilidade de partida da conclusão¹. Nos âmbitos indeterminados, é dizer, nos quais intervêm um número elevado de variáveis, impera a explicação estatística ou probabilística².

Com relação ao âmbito determinado estatisticamente, as variáveis intervenientes são tantas (nível de colesterol, diâmetro das artérias, presença de stress, consumo de cigarros, estilo de vida, predisposição do organismo, etc.) que concentrar a explicação em uma só delas resulta temerário. Daí que nesta classe de âmbitos de variáveis múltiplas, hipóteses não probabilísticas (isto é, causais), não só tem pouco ou nulo poder explicativo, mas resultam simplesmente falsificáveis³.

Importante, ainda, para assentar a responsabilidade das fumageiras, a distinção entre vício e defeito do produto. Segundo Lúcio Delfino⁴, foi Luiz Antônio Rizzato Nunes quem melhor definiu e delimitou os conceitos de vício e defeito. Transcreve o referido autor: constituem vícios as características de qualidade ou quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e também que lhes diminuam o valor. Da mesma forma são considerados vícios os decorrentes da disparidade havida em relação às indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem, oferta ou mensagem publicitária, enquanto que o defeito, que pressupõe o vício por ser uma característica inerente, intrínseca ao produto ou serviço, carrega consigo uma bagagem extra, sendo capaz de causar dano à saúde ou segurança do consumidor. Na verdade, o defeito corresponde à idéia de resultado ou consequência, sempre proveniente de um vício. Equivale a idéia de acidente de consumo; ocorre sempre que o consumidor for lesado em sua incolumidade física, psíquica e/ou, conforme o caso, patrimonial. Resumindo: vício é intrínseco ao próprio produto ou serviço, jamais atingindo a pessoa do consumidor ou outros bens seus; defeito, vai além do produto ou do serviço para atingir o consumidor em seu patrimônio jurídico, seja moral e/ou material. Por isso, somente se fala propriamente em acidente, e, no caso, acidente de consumo, na hipótese de defeito, pois é aí que o consumidor é atingido.

Desta forma, tenho por justificada legalmente a possibilidade de responsabilização da demandada pelos danos causados a autora, decorrente do defeito do produto posto no mercado de consumo que, devido à insuficiência ao dever de informação (a Lei que regulamentou o disposto no art. 220, §4º, da CF/88 entrou em vigor em 15 de julho de 1996), proporcionou a contração do hábito e vício do cigarro, em meados da década de 1970, culminando em cardiopatia isquêmica que levou ao um infarto de miocárdio em 1997.

Aliás, o Tribunal Constitucional Federal Alemão concorda com as conclusões da ciência médica no sentido de que fumar causa câncer, bem como doenças cardiovasculares. Segundo registrado pelo professor alemão Robert Alexy, na última edição de sua notável obra, “a razão que fundamenta o dever de etiquetar com advertências os produtos derivados do tabaco, é a proteção da população ante diversos perigos para a saúde. O Tribunal Constitucional Federal não exagerou, quando, em sua sentença sobre as advertências acerca do tabaco, considera certo, ‘de acordo com o estado dos conhecimentos da medicina atual’, que fumar causa câncer, assim como enfermidades cardiovasculares”⁵.

1 PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “Causalidad y determinación: el problema del presupuesto ontológico en ámbitos estadísticos o probabilísticos”, in RBCCRIM n. 60 (2006), pp.55-56.

2 PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “Causalidad y determinación: el problema del presupuesto ontológico en ámbitos estadísticos o probabilísticos”, op. cit., pp. 57-58.

3 PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “Causalidad y determinación: el problema del presupuesto ontológico en ámbitos estadísticos o probabilísticos”, op. cit., p. 68.

4 Lúcio Delfino – A Responsabilidade Civil no Tabagismo no Código de Defesa do Consumidor, ed. Del Rey, p. 102/103.

5 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, 2ª ed. trad. de Bernal Pulido, Madrid, 2007, p.531, mencionando o precedente BVerfGE 95, 173(184).

Portanto, constatada a periculosidade do cigarro – estatística e lógica – com base em dados estatísticos, bem como a elevada probabilidade de adquirir cardiopatia isquêmica pelo prolongado vício de fumar muitos cigarros por dia, incide a regra da responsabilidade *civil objetiva* do *fornecedor de produto defeituoso* que não oferece a segurança que dele legitimamente se espera – em razão da nocividade do cigarro – prevista no art. 12, §§ 1º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078/90, em vigor desde 12 de março de 1991).

Ademais, a ré não comprovou nenhuma das hipóteses legais de exoneração da responsabilidade objetiva, previstas nos incisos I – III, do § 3º, do art. 12, do CDC, isto é: que não colocou o produto no mercado – no caso, a comercialização e a venda de cigarros; nem que o defeito inexistia – em face da indubitável nocividade do cigarro –; tampouco a culpa exclusiva do consumidor – mas unicamente a concorrência, em proporção mais acentuada, de culpa da vítima que começou fumar aos treze anos.

De outra banda, os vícios de criação ou de concepção resultam de erro no projeto do produto e da escolha de material inadequado ou componente orgânico/inorgânico nocivo à saúde na fase de execução do projeto e da fórmula. As técnicas modernas de controle de qualidade dos produtos não são capazes de evitar a sua ocorrência, razão pela qual os fabricantes assumem a responsabilidade pelo *'risco criado'*. No caso dos cigarros, o vício de concepção está presente na utilização da nicotina na sua composição.

Além do risco do desenvolvimento de doenças, a indução ao vício provocado pela nicotina e não informado ao consumidor é ponto relevante na imputação de responsabilidade civil às empresas tabagistas. O vício é fator determinante e justificador da continuidade do consumo de tabaco mesmo ciente o consumidor dos malefícios do cigarro. Hoje não há dúvida de que a nicotina vicia e leva o indivíduo a consumir cigarros.

A nicotina é comprovadamente substância psicotrópica que causa dependência, sendo responsável pelo consumo contínuo de produtos derivados do tabaco por milhares de pessoas no mundo inteiro. Não se pode negar o vício causado pela nicotina, mormente quando existentes inúmeros estudos científicos comprovando a dependência dos tabagistas em razão da nicotina.

No sítio eletrônico do Instituto Nacional de Câncer¹, órgão do Ministério da Saúde, vinculado à Secretaria de Atenção à Saúde, responsável por desenvolver e coordenar ações integradas para a prevenção e controle do câncer no Brasil, encontram-se dados importantes acerca da nocividade do tabaco e dos produtos dele derivados, enfatizando que a nicotina é substância que causa dependência, porquanto “ (...) são introduzidas no organismo mais de 4.700 substâncias tóxicas, incluindo nicotina (responsável pela dependência química), monóxido de carbono (o mesmo gás venenoso que sai do escapamento de automóveis) e alcatrão, que é constituído por aproximadamente 48 substâncias pré-cancerígenas, como agrotóxicos e substâncias radioativas (que causam câncer). (...) A nicotina, que é encontrada em todos os derivados do tabaco (charuto, cachimbo, cigarro de palha, etc) é a droga que causa dependência. Esta substância é psicoativa, isto é, produz a sensação de prazer, o que pode induzir ao abuso e à dependência. Por ter características complexas, a dependência à nicotina é incluída na Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde - CID 10ª revisão. Ao ser ingerida, produz alterações no Sistema Nervoso Central, modificando assim o estado emocional e comportamental dos indivíduos, da mesma forma como ocorre com a cocaína, heroína e álcool. Depois que a nicotina atinge o cérebro, entre 7 a 9 segundos, libera várias substâncias (neurotransmissores) que são responsáveis por estimular a sensação de prazer (núcleo accumbens), explicando-se assim as boas sensações que o fumante tem ao fumar. Com a ingestão contínua da nicotina, o cérebro se adapta e passa a precisar de doses cada vez maiores para manter o mesmo nível de satisfação que tinha no início. Esse efeito é chamado de tolerância à droga. Com o passar do tempo, o fumante passa a ter necessidade de consumir cada vez mais cigarros. De tal forma que, a quantidade média de cigarros fumados na adolescência, nove por dia, na idade adulta passa a ser de 20 cigarros por dia. Com a dependência, cresce também o risco de se contrair doenças debilitantes, que podem levar à invalidez e à morte”.

O fato de muitos tabagistas conseguirem largar o vício por conta própria ou com ajuda médica não exclui a responsabilidade do fabricante, visto que o abandono do vício depende de fatores subjetivos e características individuais dos consumidores. Entretanto, o vício possui a mesma gênese para todos os tabagistas: o consumo de cigarros e o vício pela nicotina. Parar de fumar não significa que a nicotina não vicia ou que o cigarro não possui outros componentes que induzem o consumo de cigarros. A abdicação do vício pelo fumo não depende apenas de uma decisão do próprio fumante ou de sua autodeterminação. No ponto, o julgamento da apelação cível nº 70017634486, pela C. 5ª Câmara Cível, o eminente Relator Des. Paulo Sérgio Scarparo fez constar em seu voto que o “cigarro causa dependência psíquica, o que leva a concluir que improcede a afirmação da empresa – isso porque pára de fumar não quem quer, mas sim quem consegue. Estudos da OMS estimam que apenas entre 0,5% a 5% dos fumantes que tentam deixar o vício, sem ajuda ou suporte, conseguem atingir uma abstinência duradoura.”

1 <http://www.inca.gov.br/tabagismo>.

Desse modo, os riscos inerentes ao consumo do cigarro não são considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição (art. 8º do CDC), porquanto a expectativa dos tabagistas não é desfrutar de doenças associadas ao consumo de cigarro ou provocar a morte a longo prazo. Ao revés, pretendem obter a sensação calmante e prazerosa provocada pelo consumo de cigarros, estes sim considerados normais e previsíveis.

VI – Aplicação da ‘teoria da causalidade adequada’ na responsabilidade civil pelo produto

Um setor bastante significativo da doutrina – além da jurisprudência – européia em relação à causalidade na responsabilidade pelo produto em direito penal segue a denominada tendência flexibilizadora, que consiste em reduzir os conteúdos da causalidade a um novo conceito de causalidade denominado ‘*causalidade geral*’, que estabelece a validade como lei de cobertura do conjunto causal quando se desconhece ou não se pode esclarecer qual o fator concretamente determinante, dentro do conjunto causal, para a produção do resultado e o chamado método de exclusão de outros fatores intervenientes alheios a esse conjunto causal¹.

Outra possibilidade, nos contextos modernos, consiste em recorrer também a um conceito probabilístico de causalidade, embora freqüentemente, como resulta da jurisprudência nos casos de responsabilidade pelo produto, a admissão da *causalidade* meramente *estatística se complementa* com a da *causalidade geral*².

De acordo com a ‘teoria da causalidade adequada’ (*Adäquanztheorie*), formulada pelo lógico e médico friburguês Johannes Von Kries, nem toda condição do resultado é causa para o direito, mas somente aquela condição que era em geral idônea para determiná-lo: aquela que era ‘adequada’ ao resultado. Não se consideram causados pela ação os efeitos ‘atípicos’ ou fortuitos ou casuais³. Segundo sua teoria – que teve mais êxito e encontrou grande acolhida na doutrina e jurisprudência alemã no Direito Civil pelo caráter ressarcitório em vez de punitivo – em sentido jurídico-penal somente pode considerar-se causal aquelas condutas que possuem uma tendência geral, é dizer, são geralmente adequadas para produzir o resultado típico. Dito negativamente, uma condição é adequada se não é inverossímil, inusual e improvável para produzir o resultado típico. As condições que só por casualidade, acidental, inesperada, imprevisível, desencadearam o resultado são juridicamente irrelevantes⁴. Kries parte do princípio da *conditio sine qua non*, acolhido por von Buri, segundo o qual somente a totalidade das condições determina necessariamente o efeito. Todas as condições são igualmente indispensáveis, porque, se somente uma faltasse, o inteiro efeito não ocorreria. Não possível, portanto, atribuir a cada condição cada resultado, mas se deve imputar a qualquer antecedente todo o efeito e ver, neste sentido, em cada condição uma causa⁵. Todavia, observa Kries, as condições, que são equivalentes em concreto, podem não ser tais de um ponto de vista *geral* ou *abstrato*, e mais precisamente quando se adote o critério da possibilidade objetiva. Um acontecimento é possível se dadas certas condições se espera que ele ocorrerá. Certamente na prática não é possível estabelecer com precisão o grau de possibilidade que um determinado fato implica em relação a um resultado. Pouco importa. Basta saber, observa Kries, que certas condições produzem um certo efeito em um grande número de casos, enquanto em outros o produzem muito raramente. Isso autoriza a afirmar que, dadas as primeiras, existe uma grande possibilidade do resultado, enquanto, dada as segundas, a possibilidade é bastante escassa⁶. A causa será considerada adequada, conclui Kries, se se apresenta como uma circunstância que em geral favorece a ocorrência do resultado. Em caso diverso se falará de causa fortuita e de efeito fortuito. Dito de outra maneira, para considerar-se a ação como causa do resultado não basta (como considera a teoria da equivalência dos antecedentes causais) que a primeira tenha condicionado o segundo e, pois, que a ação seja considerada um fator sem o qual o evento na espécie não teria ocorrido. É necessário, além disso, que a ação, no momento em que se desenvolva, se apresente como idônea a determiná-lo, é dizer, que haja uma *certa probabilidade* de provocar o resultado. Em conseqüência, os efeitos anormais, individuais da ação não se consideram causados pelo homem e não são imputáveis a ele⁷. A teoria da adequação permite a desejada eliminação de nexos causais totalmente inusuais: a mesma evita o *regressus ad infinitum* da teoria da equivalência ao poder aceitar que os antepassados do delinqüente jurídico-penalmente nem sequer são causa dos fatos perpetrados por este (enquanto que os partidários da teoria da equivalência neste caso acreditavam que somente se podia chegar à absolvição negando o dolo e a imprudência); e também permite a exclusão dos cursos causais ‘extravagantes’

1 BORRALO. Causalidad e imputación objetiva, op.cit., pp.442-450.

2 BORRALO. Causalidad e imputación objetiva, op.cit., pp.442-450.

3 ANTOLISEI, Francesco. Il rapporto di causalità nel diritto penale. Giappichelli, Torino, 1960, p.106; ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, p.359.

4 ROXIN, Claus. Derecho Penal, op.cit., p.359; ANARTE BORRALO. Causalidad e imputación objetiva. Estructura, relaciones y perspectivas. Universidad de Huelva, 2002, pp.65 e 78.

5 ANTOLISEI, Francesco. Il rapporto di causalità nel diritto penale, op.cit., p.109.

6 ANTOLISEI, Francesco. Il rapporto di causalità nel diritto penale, op.cit., p.110.

7 ANTOLISEI, Francesco. Il rapporto di causalità nel diritto penale, op.cit., p.111.

(aventureiros), de tal modo que por exemplo o causante de um acidente, cuja vítima morre por um incêndio do hospital, pode ser considerado como já não causal em relação a esse resultado (enquanto que a opinião dominante desde o ponto de vista da teoria da equivalência acreditou desde sempre que a previsibilidade do curso causal concreto tinha que julgar-se como componente do dolo e da imprudência, para obter a mesma conclusão)¹.

A teoria da causalidade adequada se baseia em uma aplicação do juízo de possibilidade e probabilidade, realizado em abstrato – e não em concreto, considerando os fatos como efetivamente ocorrerem –, de determinado resultado vir a ocorrer, segundo uma perspectiva *ex ante*, é dizer, que toma como referência o que a *priori* deve ser tomado como perigo desautorizado. A forma de instrumentalizar isso na técnica jurídico-penal é por meio do chamado *prognóstico posterior objetivo*, conforme o qual o juiz se coloca no momento da ação, como se o resultado não tivesse ocorrido, a fim de determinar sua probabilidade. Por sua vez, o nexo de causalidade não será adequado, excluindo-se a responsabilidade, quando o dano se produz por força de um concurso de circunstâncias excepcionais e fora da experiência da vida².

A teoria da adequação foi aperfeiçoada ao longo dos anos. Hoje se parte da base de que uma condição é adequada ao resultado se a mesma aumentou a possibilidade do resultado de modo não irrelevante, se não é simplesmente inverossímil que a conduta dê lugar a um resultado assim³. Na atualidade, se chegou a conclusão de que o juízo de adequação se alcança com o denominado prognóstico objetivo-posterior: o juiz deve colocar-se posteriormente (ou seja, no processo) no ponto de vista de um observador objetivo que julgue antes do fato e disponha dos conhecimentos de um homem inteligente do correspondente setor do tráfego e ademais do saber especial do autor⁴. O juízo de prognose póstuma deve ser realizado retroaindo-se ao momento da ação (*ex ante*)⁵. No entanto, mais tarde, para sustentar um ponto débil dessa teoria, se aduz que não basta que a ação seja em geral idônea a determinar o resultado definitivo: é necessário também que os fatos intermediários se unam uns aos outros regularmente: é necessário que o resultado não tenha ocorrido pela superveniência de acontecimentos de caráter extraordinário. A adequação é indispensável não somente em relação ao resultado final, mas também em relação às condições que se intercalem entre a ação e tal resultado: em relação aos anéis causais que ligam um com o outro. Todo o processo causal deve ser ‘adequado’ em relação à ação. Disso resulta que, se a ação era em geral idônea a produzir o resultado, mas este ocorre por uma via mais longa, e mais precisamente mediante a intervenção de circunstâncias singulares, que no momento da ação apresentavam escassa possibilidade de ocorrer, o nexo causal não subsiste. Com base nesse princípio para esses casos se falou de interrupção da causalidade, expressão imprópria logo abandonada, e em seu lugar se passou a utilizar a expressão ‘processo causal atípico’ ou ‘incalculável desvio do processo causal’ ou, por fim, ‘processo causal inadequado’. Destarte, na série causal que vai da ação ao resultado não deve existir nenhum fato que com base na experiência seja considerado atípico ou fortuito: se um fato de tal espécie se verifica, o nexo causal causal no sentido jurídico resulta excluído⁶.

A teoria da adequação não é, na verdade, uma teoria causal, mas uma *teoria da imputação*. É dizer, que não se diz quando uma circunstância é causal em relação a um resultado, mas que tenta dar uma resposta à pergunta de quês circunstâncias causais são juridicamente relevantes e podem ser imputadas a um agente. Por isso, a teoria da adequação tampouco é uma alternativa à teoria da equivalência, mas antes seu complemento⁷.

A doutrina e jurisprudência se dividem entre a ‘*teoria da causalidade adequada*’ e a ‘*teoria do dano direto e imediato*’, esta última prevista no art. 403 do vigente Código Civil de 2002, preceito legal relativo à responsabilidade derivada do inadimplemento de negócios jurídicos, que se limita a repetir o art. 1.060 do revogado Código Civil de 1916, ao qual só acrescentou a locução final: “sem prejuízo do disposto na lei processual”. Segundo esse obscuro (pelas controvérsias que suscita em relação ao ressarcimento de danos indiretos), insuficiente (porque a brevidade de sua regulamentação não leva em conta a complexidade do tema) e mal localizado (tendo em vista que apesar de tratar da responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual em tema de causalidade), dispositivo legal inspirado, por sua vez, no art. 1.151 do Código Civil Francês de 1803, são indenizáveis os prejuízos decorrentes direta e imediatamente da causa considerada⁸.

1 ROXIN, Claus. Derecho Penal, op.cit., pp.359-360.

2 BORRALO. Causalidad e imputación objetiva, op.cit., pp.66-67; CRUZ, Gisela Sampaio. O problema do nexo causal na responsabilidade civil, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, pp.64-68.

3 ROXIN, Claus. Derecho Penal, op.cit., p.360.

4 ROXIN, Claus. Derecho Penal, op.cit., p.360.

5 ANTOLISEI, Francesco. Il rapporto di causalità nel diritto penale, op.cit., p.112.

6 ANTOLISEI, Francesco. Il rapporto di causalità nel diritto penale, op.cit., p.119.

7 ROXIN, Claus. Derecho Penal, op.cit., pp.360-361.

8 NORONHA, Fernando. “O nexo de causalidade na responsabilidade civil”, RT, v. 816 (out. 2003), p.737; FARIA, Luiz Cláudio Furtado. “O nexo de causalidade e sua interpretação pelos tribunais”, RJ n. 341, março, 2006, pp. 65-66 e 74; CRUZ, Gisela Sampaio. O problema do nexo

O Supremo Tribunal Federal, em matéria de responsabilidade objetiva do Estado, declarou que a teoria adotada pelo Código Civil quanto ao nexo de causalidade é a ‘teoria do dano direto e imediato’, também denominada ‘*teoria da interrupção do nexo causal*’. Porém, numa interpretação evolutiva da expressão ‘direto e imediato’ previsto no art. 403, do CC, o STF alargou seu conceito para incluir as hipóteses de dano reflexo ou indireto, declarando: (a) que essa teoria aplica-se também à responsabilidade extracontratual; (b) que só há nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva¹.

A Jurisprudência em geral aplica a ‘teoria da causalidade adequada’ em dois tipos básicos de demanda: (a) dano gerado por causalidade múltipla; (b) propagação no tempo dos danos oriundos de um ilícito inicial. Em relação à última hipótese em que um ilícito inicial gera uma cadeia de prejuízos, a jurisprudência aplica a subteoria da necessidade da causa ou da interrupção do nexo causal, é dizer, a expressão direto e imediato significa nexo causal necessário, com a finalidade de identificar até que ponto se estende à responsabilidade do agente que desencadeou a cadeia causal, cujos resultados são, na maioria dos casos, os mesmos decorrentes da teoria da causalidade adequada, fixando que o agente só responde pelos danos direta e imediatamente produzidos pela sua conduta, é dizer, o dever de reparar surge quando o resultado é efeito ‘necessário’ da causa. Porém, essa teoria é ineficaz para resolver o primeiro tipo de demanda em que há um só dano, produzido por uma série de concausas, dentre as quais se deseja identificar a que realmente gerou o prejuízo, somente a teoria da causalidade adequada pode ajudar na solução do problema².

A teoria do dano direto e imediato é criticável também por restringir demasiadamente a obrigação de indenizar. Resulta excessivo exigir que uma circunstância seja condição não só necessária, mas também suficiente de um dano, para que juridicamente possa ser considerada sua causa³. Seja como for, o cerne desta teoria está relacionado à idéia de interrupção do nexo causal, de notável importância para se aferir, no caso concreto, quem deve responder pelo dano, a qual também é utilizada pelos defensores mais modernos da teoria da causalidade adequada⁴.

No âmbito da responsabilidade civil, a ‘*teoria da causalidade adequada*’ considera que uma condição deve ser considerada causa de um dano quando, segundo o curso normal das coisas, poderia produzi-lo. A essa condicionalidade se acrescenta uma relação denominada de *adequação*: esta existirá quando se puder dizer que o dano verificado é consequência normalmente previsível do fato que estiver em causa. Para determinar se o dano pode ser considerado consequência normalmente previsível do fato, utiliza-se a denominada *prognose retrospectiva*: o observador coloca-se no momento anterior àquele em que o fato ocorreu e faz um prognóstico, de acordo com as regras da experiência comum, se era normalmente previsível que o dano viesse a ocorrer. Se concluir que o dano era imprevisível, a causalidade ficará excluída. Se concluir que era previsível, como consequência do fato praticado, mesmo que estatisticamente não fosse muito provável que viesse a ocorrer, a causalidade será adequada. Nessa *prognose retrospectiva*, só se consideram os *efeitos abstratos* que possam ser tidos como previsíveis. Se os *efeitos concretos*, efetivamente verificados, estiverem em conformidade com tais efeitos abstratos, existirá nexo de causalidade. Não haverá nexo de causalidade quando o prognóstico indicar que o efeito abstrato se teria igualmente verificado mesmo sem o fato⁵.

Convém recordar que a legislação aplicável ao caso é o Código de Defesa do Consumidor e não o Código Civil. Nesse aspecto, é pacífico que o CDC adotou a regra geral da teoria da *responsabilidade objetiva* fundada na teoria do risco da atividade, bastando para reconhecê-la, nos termos do disposto nos artigos 6º, inciso VI, e 12, do diploma consumerista, a comprovação da existência de três pressupostos do fato do produto: (a) *defeito de criação, produção ou informação*; (b) *dano*; (c) *nexo causal*⁶.

Em relação ao nexo causal, caberia partir da ‘*teoria da causalidade adequada*’, segundo a qual se deve comprovar que o resultado seja uma consequência natural, razoável e suficiente do ato antecedente que se apresenta como causa, e que este tem aptidão suficiente para deriva, como consequência lógica, o efeito lesivo produzido, sem que sejam suficientes as simples conjecturas,

causal na responsabilidade civil, op.cit.,pp.83-85 e 96-111.

1 RE 130764-1/PR, Rel. Min. Moreira Alves, j. 12/05/1992, RT 688/241, cfe. FARIA, Luiz Cláudio Furtado. “O nexo de causalidade e sua interpretação pelos tribunais”, op.cit., pp.66-67; CRUZ, Gisela Sampaio. O problema do nexo causal na responsabilidade civil, op.cit.,pp.123-125.

2 FARIA, Luiz Cláudio Furtado. “O nexo de causalidade e sua interpretação pelos tribunais”, op.cit., pp. 68 e 73-74. O Superior Tribunal de Justiça em diversos acórdãos sobre responsabilidade civil faz alusão expressa à ‘teoria da causalidade adequada’ (CRUZ, Gisela Sampaio. O problema do nexo causal na responsabilidade civil, op.cit.,pp.126-127).

3 CRUZ, Gisela Sampaio. O problema do nexo causal na responsabilidade civil, op.cit.,pp.108-109.

4 CRUZ, Gisela Sampaio. O problema do nexo causal na responsabilidade civil, op.cit.,p.110.

5 NORONHA, Fernando. “O nexo de causalidade na responsabilidade civil”, op.cit., p.742

6 SÉLLOS, Viviane Coelho de. Revista de Direito do Consumidor, RT, 1994, v. 11, pp. 135-136, mencionando Néilson Nery Júnior.

possibilidades ou dados fáticos que, por pura coincidência, induzam a pensar em uma possível inter-relação dos acontecimentos. Não obstante, dada a freqüente complexidade e dificuldade da comprovação nesta sede, a solução mais justa seria inverter a carga da prova, atribuindo ao presumido responsável a demonstração da inexistência da relação de causalidade entre o defeito e o dano. Assim, o Tribunal Supremo Espanhol, dentro de certos setores de atividade – basicamente, nos empresariais e industriais –, vem estabelecendo um solapamento do problema da causalidade mediante a busca do título de imputação – o ‘risco criado’ –, o que se traduz em uma presunção de causalidade, que não é uma *praesuntio iuris*, mas uma *praesuntio facti*, e em uma inversão não já da carga da prova da culpa, mas da carga da prova da causalidade. Nesta linha, a Comissão Européia prevê legalmente “uma presunção do nexa causal” uma presunção *iuris tantum* “quando os danos produzidos permitam entender que o produto apresentava uma característica anormal (um defeito) que atentava contra a segurança que o consumidor podia legitimamente esperar” – incluído o de informação –, o que suporia “a inversão da carga da prova em relação ao nexa causal”¹.

A teoria da causalidade adequada se divide em duas formulações: a positiva e a negativa. Segundo a *formulação positiva*, causa adequada é aquela que ‘favorece’ a produção do dano, é dizer, a que constitui uma conseqüência normal, natural, provável ou típica do fato; enquanto para a *formulação negativa* – inicialmente delineada por Ennecerus, notável jurista alemão da primeira metade do Século XX – versão mais ampla e que é *predominante e, pois, preferível no âmbito da responsabilidade civil porque*, entre outras razões, facilita a prova do nexa de causalidade –, o raciocínio é inverso, isto é, *é necessário verificar se o fato é causa inadequada a produzir o dano. Somente deixará de ser causa adequada quando, segundo as regras de experiência, se mostrar ‘indiferente’, ‘estranha’ ou ‘extraordinária’ à produção do dano*².

Em síntese, se de acordo com a formulação positiva, é possível realizar um prognóstico de que o fato favoreceu a produção do dano, que assim poderá ser considerado conseqüência normal, previsível, daquele, está comprovada a relação de causalidade. Quando não seja possível afirmar indubitavelmente que o dano foi conseqüência normal, efeito provável do fato, importa considerar a formulação negativa. A relação de causalidade ainda será considerada como demonstrada quando não se possa considerar o dano como conseqüência extraordinária, indiferente ao fato atribuído ao indigitado responsável³. Numa fórmula sintética, para que se configure o nexa de causalidade, basta que haja séria possibilidade de ocorrência do dano, é suficiente que este não seja atribuível a circunstâncias extraordinárias, a situações improváveis, que não seriam consideradas por um julgador prudente⁴. Apesar de que a aplicação de uma ou outra formulação pode levar a resultados opostos, a que prevalece é a negativa que é mais ampla⁵.

Não obstante, tratando-se de responsabilidade pelo produto e aplicação do Código de Defesa do Consumidor, cabe evoluir ainda mais para adotar uma teoria diversa ou, pelo menos, uma concepção mais ampla sobre o nexa de causalidade do que aquela adotada no Código Civil de 1916 em matéria obrigacional, novamente reproduzida no novo Código Civil vigente, porquanto está completamente defasada e fora de foco em face das exigências protetivas dos consumidores do Século XXI em matéria de responsabilidade pelo produto.

No caso em tela, tanto se adotarmos a formulação positiva quanto a negativa chegaremos a idêntico resultado, é dizer, indubitavelmente há nexa de causalidade entre a fabricação ou fornecimento do cigarro pela empresa Souza Cruz S.A. e o hábito (vício) de fumar e o desenvolvimento de *cardiopatía isquêmica* resultante do consumo, *desde os treze anos de idade, de até quatro carteiras de cigarro durante trinta e cinco anos*. À vítima cabe, em regra, a demonstração do nexa de causalidade, enquanto que a interrupção de tal nexa deve ser provada pelo suposto ofensor, agente da primeira série causal. Portanto, somente poderia ser aplicada a teoria da interrupção do nexa causal ou do dano direto e imediato se comprovada a total independência do segundo fato (v.g., histórico médico de doença que indicasse a concorrência de outros fatores relevantes de risco) em relação ao primeiro fato, no sentido de que o segundo fato não é conseqüência necessária do primeiro, de tal maneira que o primeiro fato não tenha favorecido (eficácia causal) o segundo fato e que só a eficácia deste tenha produzido o dano⁶. Evidentemente isto não sucede no caso concreto em que a empresa ré alude a suposto fator de risco sem qualquer suporte probatório mínimo, dado que o suposto histórico familiar e a hipertensão – conforme analisado anteriormente – não constituírem causa adequada ou eficaz para interromper o nexa causal. Tais fatores, ainda que possam favorecer a doença em tese, no caso concreto não excluem o nexa de causalidade porquanto não reduzem a probabilidade de desencadear enfermidades, mas, ao revés, apenas aumentam o risco de produção de doenças relacionadas ao tabagismo.

1 SÁNCHEZ, Antonio José Vela. Critérios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos, op.cit., pp.129-131.

2 NORONHA, Fernando. “O nexa de causalidade na responsabilidade civil”, op.cit.,pp.743-746; CRUZ, Gisela Sampaio. O problema do nexa causal na responsabilidade civil, op.cit.,pp.69-70.

3 NORONHA, Fernando. “O nexa de causalidade na responsabilidade civil”, op.cit.,pp.748-749.

4 NORONHA, Fernando. “O nexa de causalidade na responsabilidade civil”, op.cit.,p.749.

5 CRUZ, Gisela Sampaio. O problema do nexa causal na responsabilidade civil, op.cit.,p.71.

6 Vide, CRUZ, Gisela Sampaio. O problema do nexa causal na responsabilidade civil, op.cit.,pp.131 e 155 e ss. e pp.348-349.

À vítima cabe, em regra, a demonstração do nexo de causalidade, enquanto que a interrupção deve ser provada pelo suposto ofensor, agente da primeira série causal. Portanto, somente poderia ser aplicada a teoria da interrupção do nexo causal ou do dano direto e imediato se comprovada a total independência do segundo fato (v.g., histórico médico de doença que indicasse a concorrência de outros fatores de risco) em relação ao primeiro fato, no sentido de que o segundo fato não é consequência necessária do primeiro, de tal maneira que o primeiro fato não tenha favorecido (eficácia causal) o segundo fato e que só a eficácia deste tenha produzido o dano¹.

O médico Dr. João Batista Machado Giongo, que atendeu autora, afirma que fez “*procedimento laboratorial, resultando na conclusão de cardiopatia isquêmica. Como não identificou outros fatores de risco apontou o tabagismo como fator principal.*” (fl. 995)

Nesta perspectiva do nexo causal epidemiológico, subministrado pelas regras do que ordinariamente acontece – chamada lógica de razoabilidade – a prova coligida aos autos denota elementos suficientes para afirmar, indubitavelmente, a presença do liame de causalidade entre o tabagismo e o desenvolvimento de cardiopatia isquêmica.

Além de ser estatisticamente provável, é logicamente crível, ante a insuficiência de outras possíveis causas da morte, a contribuição do vício de uso de cigarros para o desenvolvimento da doença.

Importa ser afirmado, assim, que a cardiopatia isquêmica teve origem no uso de cigarros motivo porque não se pode excluir o nexo causal entre a doença desenvolvida e o tabagismo.

VII – A ausência da ‘boa-fé objetiva’ como critério de imputação da responsabilidade civil e sua repercussão no livre arbítrio

O princípio da boa-fé nas relações de consumo está expressamente mencionado no inc. III, do art. 4º, do CDC, e, de certo modo, encontra-se permeado em diversos outros dispositivos, desde o elenco de seus direitos básicos (art. 6º), passando pelo capítulo concernente à reparação dos danos pelo fato do produto e, notadamente, informa os capítulos que tratam das práticas comerciais, a publicidade e a proteção contratual, merecendo menção o inc. IV, do art. 51 do diploma consumerista, que considera nulas de pleno direito cláusulas contratuais que “sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”².

A empresa-ré não observou o princípio da boa-fé objetiva, uma vez que, embora consciente da síndrome de dependência que cria o vício, deveria ter incluído esta advertência quando fazia propaganda ou quando vendia ao público consumidor, sendo indispensável advertir que o perigo não provém tanto do consumo do cigarro como do vício dele decorrente. Não basta saber genericamente que o cigarro é prejudicial à saúde, mas sim seria necessário informar de forma contundente e inequívoca sobre os riscos do vício e ulteriores doenças graves produzidas pelo tabaco.

Além disso, tal como vem sendo acolhido pela terceira onda de litígios do tabaco nos Estados Unidos da América, cabe mencionar a fraude ou ocultação dolosa por parte das empresas fabricantes de cigarros do conhecimento sobre a natureza viciante do ato de fumar e as consequências prejudiciais e riscos para a saúde de tal produto intrinsecamente perigoso.

Em consequência disso, não serve como causa de exclusão da responsabilidade civil o suposto ‘*livre arbítrio*’ ou ‘*assunção do risco*’, que exige – como pressuposto para sua validade – tenha resultado de uma ponderada análise dos inconvenientes o que pressupõe, por sua vez, a informação adequada e inequívoca sobre os riscos do vício e doenças fatais decorrentes do hábito de fumar.

Aliás, sobre a quebra da confiança, que, no nosso sistema jurídico, traduz-se nos deveres anexos à obrigação, como dever de informação e lealdade, convém gizar que segundo pesquisadores da Universidade de Harvard, a análise do teor de nicotina nos cigarros vendidos no Estado de Massachusetts, nos EUA, confirmou que os fabricantes aumentaram em 11% o nível dessa substância em seus produtos, entre 1997 e 2005. A pesquisa é da Harvard School of Public Health (HSPH) e se baseia nas informações enviadas pelas empresas ao departamento de saúde pública de Massachusetts. A nicotina é a principal substância dos cigarros a causar dependência. Segundo a pesquisa, os fabricantes não só aumentaram a concentração de nicotina, em cerca de 1,6% ao ano, mas também modificaram a composição do cigarro para aumentar o número de tragadas. Com isso, o produto final se tornou mais viciante. Desde 1997, uma lei estadual exige a emissão de relatórios anuais sobre as marcas de cigarro vendidas em Massachusetts.

1 Vide, CRUZ, Gisela Sampaio. O problema do nexo causal na responsabilidade civil, op.cit.,pp.131 e 155 e ss. e pp.348-349.

2 MARINS, James. Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto (Os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor), RT, 1993, p.41

O estudo de Harvard foi conduzido por Gregory Connolly e Howard Koh, membros do *Tobacco Control Research Program*. “A análise mostra que as companhias de cigarros vêm aumentando ano a ano a nicotina em seus cigarros sem nenhum alerta a seus consumidores”, diz Connolly. O pesquisador Howard Koh, que trabalhou na pesquisa, afirmou que os cigarros são feitos para perpetuar a pandemia do tabaco. – Informações mais precisas sobre esses produtos ainda são mantidas em segredo – ressaltou ele. A pesquisa, divulgada em outubro, examinou os níveis de nicotina em mais de 100 marcas durante seis anos. Segundo Gregory Connolly, diretor do programa de Controle de Tabaco em Harvard, o estudo apurou o aumento de nicotina no tabaco bruto. O pesquisador também questiona se a indústria de tabaco está mesmo cumprindo o acordo estabelecido em 1998, que tornou obrigatório promover uma campanha para reduzir o fumo entre jovens¹.

A jurisprudência mais recente desta Corte, inclusive do 3º Grupo Cível, embora com alguns votos dissidentes, sólida e paulatinamente vai se consolidando no sentido de reconhecer, conforme o caso concreto e segundo as regras de distribuição de ônus da prova, indenização civil aos fumantes pelos danos causados pelo cigarro, quando iniciaram seu hábito de fumar antes da legislação que determinou a obrigatoriedade publicitária advertindo aos eventuais consumidores sobre os males à saúde produzidos pelo hábito de fumar (Lei nº 9294 de 15 de julho de 1996).

Nesse sentido, vejam-se os seguintes precedentes desta Corte:

(a) APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. TABAGISMO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO AJUIZADA PELA FAMÍLIA. RESULTADO DANOSO ATRIBUÍDO A EMPRESAS TABAGISTAS EM VIRTUDE DA COLOCAÇÃO NO MERCADO DE PRODUTO SABIDAMENTE NOCIVO, INSTIGANDO E PROPICIANDO SEU CONSUMO, POR MEIO DE PROPAGANDA ENGANOSA. ILEGITIMIDADE PASSIVA, NO CASO CONCRETO, DE UMA DAS CO-RÉS. CARACTERIZAÇÃO DO NEXO CAUSAL QUANTO À OUTRA CO-DEMANDADA. CULPA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DECORRENTE DE OMISSÃO E NEGLIGÊNCIA, CARACTERIZANDO-SE A OMISSÃO NA AÇÃO. APLICAÇÃO, TAMBÉM, DO CDC, CARACTERIZANDO-SE, AINDA, A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. (Apelação Cível Nº 70000144626, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 29/10/2003);

(b) DANO MORAL. CIGARROS. CAUSAS MORTAIS QUE PODEM ORIGINAR: ‘ENFISEMA PULMONAR’, ‘ARRITMIA CARDÍACA’ E ‘CÂNCER PULMONAR’, ENTRE OUTRAS. NEXO CAUSAL COMPROVADO, FACE AO CONSUMO DO CIGARRO E O EVENTO MORTE. PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA QUE SE APLICA AO CCv/16, INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (arts. 6º, incisos I, III, IV, VI e VIII, e 12, par. 1º) E ART. 159 DO CCv/16, NA MODALIDADE OMISSÃO NA AÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 335 DO CPC: “REGRAS DE EXPERIÊNCIA COMUM”. INDENIZAÇÃO DEVIDA. (PRECEDENTE: Apelação Cível n. 70000144626, Redator para o acórdão Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, j. em 29.10.03, 9ª. Câmara Cível; no mesmo sentido: Apelação Cível Nº 70007090798, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 19/11/2003);

(c) RESPONSABILIDADE CIVIL. EMPRESA TABAGISTA. CÂNCER DE PULMÃO. MULTIFATORIEDADE. CONDIÇÕES PRÓPRIAS DO PACIENTE. MANIPULAÇÃO FRAUDULENTE DO PRODUTO. FATO NOTÓRIO. AGRAVAMENTO DAS CHANCES DE UM DANO. TEORIA DA ACEITAÇÃO DO RISCO. AFASTAMENTO. VIDA E SAÚDE. BENS JURÍDICOS INDISPONÍVEIS. CONSENTIMENTO INEFICAZ. INDENIZAÇÃO. ARBITRAMENTO. CRITÉRIOS. VALOR. REPARAÇÃO DA PERDA PATRIMONIAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.537 DO CCB. DANOS INDENIZÁVEIS. RESTITUIÇÃO AO ESTADO ANTERIOR. ALCANCE. DANO MORAL. PENSIONAMENTO. BASE DE CÁLCULO. TERMO FINAL. FILHOS E CÔNJUGE. REVERSÃO. QUANTIFICAÇÃO. Se até o seu atual estágio as investigações médicas não lograram restringir a um único fator o risco de surgimento do câncer de pulmão, não assiste ao profano em medicina controverter ou ignorar a multifatoriedade da doença, Enquanto o exercício de prerrogativas conferidas, explicitamente, a uma pessoa, reveste-se de presunção de licitude, o exercício do amplo e vago poder de agir, decorrente de ausência de proibição legal, não confere senão uma frágil presunção de licitude do ato (omissivo ou comissivo) praticado. Caracteriza ilícito o mau uso da liberdade de exploração da atividade tabagista, mediante manipulação fraudulenta das sementes de tabaco e da química utilizada na industrialização do cigarro, inspiradas pelo intuito exclusivo de lucro. O fato apropriado pelo domínio público, através do meio de comunicação mais ágil e abrangente disponível na atualidade, subsume-se na previsão do artigo 334, I, do CPC, que dispensa atividade probatória. No controle da licitude da liberdade de exercer o comércio, assim como da liberdade de ir e vir, não é a natureza do direito que conta, mas o cumprimento dos deveres gerais de prudência no exercício da liberdade. Não se confundem a reprovação do abuso no exercício do

1 Jornal A Notícia, de 19 de Janeiro 2007, <http://www.saude.sc.gov.br/noticias/novo/clipping2007/janeiro/19%20de%20janeiro.htm>; Zero Hora, Caderno Vida, publicação em 27/01/07, p. 03.

direito e a reprovação do ilícito praticado por ocasião ou à margem do exercício do direito: os atos da segunda categoria se situam fora dos limites “externos” do direito eles correspondem a nada mais do que o mau uso de uma liberdade. Doutrina de JACQUES GHESTIN. A teoria da aceitação do risco só se aplica aos perigos habituais ordinários e normalmente previsíveis, ligados a uma atividade. O consentimento do ofendido só opera como excludente de ilicitude sobre bens jurídicos disponíveis. Quando se cuida de direitos à vida e à saúde, flagrantemente indisponíveis, a ordem pública se impõe, tornando ineficaz tal consentimento. Doutrina de APARECIDA AMARANTE. Se a conduta do ofensor agrava as chances de um dano efetivamente produzido, assiste à vítima indenização proporcional a este risco. O dano moral, nos casos de morte do pai e de cônjuge, é insito às relações afetivas que, de regra, qualificam o vínculo consanguíneo e matrimonial. Indenização pelo luto da família arbitrada em 500 (quinhentos) salários mínimos, na forma do art. 1.537 do CCB, abrangendo o pretium doloris e uma série de outras perdas. Limite temporal da pensão por morte, devida a filho menor, em proporção inversa com a aquisição da capacidade laborativa, presumida, por construção pretoriana, aos vinte e quatro (24) anos de idade, não tem relação com a maioridade civil definida no art. 9º do CCB. Reversão em prol da viúva. Valor do pensionamento devido aos dependentes limitado a 2/3 da remuneração da vítima, deduzido 1/3, correspondente aos gastos pessoais, se vivo estivesse. SENTENÇA REFORMADA. (Apelação Cível Nº 70004812558, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mara Larsen Chechi, Julgado em 13/10/2004);

(d) RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. INDÚSTRIA TABAGISTA. DOENÇA RELACIONADA DIRETAMENTE AO TABAGISMO. TROMBOANGEÍTE OBLITERANTE (DOENÇA DE BUERGER). 1. PRELIMINARES: 1.1. AGRAVO RETIDO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA: A inversão do ônus da prova se deu nos estritos termos do Código de Defesa do Consumidor, diante da inegável hipossuficiência do autor, e ocorreu em momento processual adequado, já que permitiu à ré prazo hábil para efetivamente produzir provas. Ademais, há que gizar que em se tratando de demanda que objetiva a responsabilização por danos decorrentes de fato do produto, o ônus da prova já recai naturalmente sobre a ré, consoante dá conta o art. 12 do CDC. 1.2. NULIDADE DA DECISÃO POR ERRO IN PROCEDENDO. INOCORRÊNCIA: Os textos extraídos da Internet pelo magistrado “a quo” e citados na fundamentação da sentença não são qualificados como prova documental, mas sim como doutrina médica, sendo de todo descabida a intimação da partes para se manifestarem sobre eles, da mesma forma que o seria a intimação para exercício do contraditório em razão de eventual citação da obra de Pontes de Miranda. Doutrina não é prova, não é documento, é entendimento, ensinamento, ponderação. 1.3. VIOLAÇÃO AOS ART. 2º E 128 DO CPC. INOCORRÊNCIA: A sentença mencionou dados que teriam sido revelados com a abertura de arquivos secretos da indústria tabagista Norte-Americana. Ocorre que tais dados são tidos como fatos notórios, podendo ser considerados independentemente de menção das partes. 2. MÉRITO: A matéria não comporta juízos apriorísticos, prevalecendo o exame da casuística, já que se trata de ações indenizatórias com peculiaridades próprias. Em cada caso apresentado, desta forma, há que se examinar a presença dos requisitos para que se reconheça o dever de indenizar: dano, culpa e nexa causal. 2.1. LIVRE ARBITRÍO, EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO E LICITUDE: O livre arbítrio não serve para afastar o dever de indenizar das companhias tabagistas pelas mesmas razões que não se presta para justificar a descriminalização das drogas. O homem precisa ser protegido de si mesmo, mormente porque lidamos com produtos que podem minar a capacidade de autodeterminação. No que tange ao exercício regular de um direito, como bem mencionou a Exma. Des. Mara Larsen Chechi, mister, nessa esfera, distinguir o abuso de direito do mau uso de uma liberdade. De fato, enquanto o exercício de prerrogativas conferidas, explicitamente, a uma pessoa, reveste-se de presunção de licitude, o exercício do amplo e vago poder de agir, decorrente de ausência de proibição legal, não confere senão uma frágil presunção de licitude do ato (omissivo ou comissivo) praticado. Destarte, como disse o Des. Coelho Braga, “para que haja responsabilização civil, a conduta não precisa ser necessariamente ilícita, deve ser uma conduta que causa dano a outrem. O que está em jogo não é a natureza jurídica da conduta das empresas fabricantes de cigarro, mas sim os danos causados por essa conduta, seja ela lícita ou não”. Ademais, não olvidemos de que estamos diante de uma relação de consumo, de forma que a responsabilização se dá independentemente da existência de culpa, na esteira do que preceitua o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor. Tal norma tem o intuito de resguardar a integridade física e psíquica do consumidor. 2.2. NEXO CAUSAL: A literatura médica é praticamente unânime ao afirmar que a doença da qual diz o autor padecer - tromboangeíte obliterante - manifesta-se apenas em fumantes, ou seja, o tabagismo é *conditio sine qua non* para o desenvolvimento da doença. Daí a grande diferença deste caso para outros que aportaram nesta Corte. De outro lado, em que pese o perito oficial, em seu laudo, ter afirmado que não poderia diagnosticar com certeza a ocorrência da doença, todos os elementos indicam que o autor sofre de TAO, desde as suas condições pessoais até os sintomas, e as conseqüências experimentadas se amoldam às lições da literatura médica acerca da moléstia. 2.3. DANOS MORAIS: Em caso de amputação de parte do corpo, como na hipótese, é desnecessária a comprovação dos danos morais sofridos pela vítima, visto que o dano moral existe *in re ipsa* e decorre da gravidade do ato ilícito. 2.4. CULPA CONCORRENTE: Não se pode deixar de considerar, contudo, a parcela de culpa do autor para que a doença atingisse a gravidade e proporções atuais. Mesmo quando já padecia da doença, em desobediência às ordens médicas, permaneceu fumando, tendo de tomar doses mais elevadas de medicação para tentar controlar a TAO. A concorrência de culpas, quando se der entre o autor da ação e a vítima, deve influir quando da fixação do quantum indenizatório. Na verdade, é exatamente nesta espécie de caso, onde o fato danoso é imputável, concomitantemente, ao autor e à vítima, que defendo a proporcionalização da responsabilidade e, conseqüentemente, dos prejuízos. Afora isso, seu estilo de vida sedentário e o pouco cuidado com a saúde em geral contribuíram para o desenvolvimento da doença. 3. QUANTUM INDENIZATÓRIO: Tendo em vista que a indenização a título de reparação de dano moral deve ter em conta não apenas a mitigação da ofensa, mas também atender a um cunho de penalidade e

coerção, a fim de que funcione preventivamente, evitando novos acontecimentos, mas sem olvidar de que não pode dar margem ao enriquecimento sem causa - e o autor é pessoa pobre - e de na hipótese houve concorrência de culpas, tenho que o quantum merece ser reduzido ao valor de R\$ 300.000,00, mantendo a correção e a incidência de juros previstos na sentença. Tal montante não se mostra nem tão baixo - assegurando o caráter repressivo-pedagógico próprio da indenização por danos morais - nem tão elevado - a ponto de caracterizar um enriquecimento sem causa. PRELIMINARES REJEITADAS. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70012335311, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 21/09/2005);

(e) RESPONSABILIDADE CIVIL. TABAGISMO. CÂNCER PULMONAR. MORTE. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. NEXO CAUSAL. VERIFICADO. DANO MORAL. CONFIGURADO. Não há falar em prescrição no caso em comento, pois a pretensão indenizatória apenas iniciou seu curso com o falecimento do de cujus. É incontestado que a atividade laborativa desenvolvida pela demandada é lícita. Contudo, a mera licitude formal da atividade comercial não exonera a demandada de reparar prejuízos gerados aos indivíduos pelo consumo dos produtos por si comercializados e distribuídos. Não observância do princípio da boa-fé objetiva, princípio esse que deve balizar toda e qualquer relação. Ainda, a omissão da demandada na prestação das informações precisas sobre o produto pode vir a ser configuradora de ato ilícito. Outrossim, não há falar em liberalidade/voluntariedade do usuário do tabaco. Isso porque, a voluntas do indivíduo estava maculada, quer pela ausência de informações a respeito dos malefícios do produto, seja pela dependência química causada por diversos componentes, especialmente, pela nicotina. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor aplica-se ao caso em concreto. Viável a aplicação da inversão do ônus da prova, cabendo à demandada desabonar a alegação da parte-autora pertinentemente à causa da enfermidade. O dano moral é reputado como sendo a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo da normalidade, interfere no comportamento psicológico do indivíduo, causando aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. No caso, tal situação se verifica. Na mensuração do dano, não havendo no sistema brasileiro critérios fixos e objetivos para tanto, mister que o juiz considere aspectos subjetivos dos envolvidos. Assim, características como a condição social, a cultural, a condição financeira, bem como o abalo psíquico suportado, hão de ser ponderadas para a adequada e justa quantificação da cifra reparatório-pedagógica. POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO APELO, VENCIDO O DESEMBARGADOR PEDRO LUIZ RODRIGUES BOSSLE. (Apelação Cível Nº 70017634486, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Sérgio Scarparo, Julgado em 27/06/2007).

(f) Em acórdão pendente de publicação (embargos infringentes nº 70022057582, o 3º Grupo Cível do TJRS modificou sua precedente orientação jurisprudencial e desproveu, em 10/12/2007 recurso de embargos infringentes da Souza Cruz S.A., mantendo a condenação imposta pela 5ª Câmara Cível para que indenize a família de fumante, como forma de reparação de danos morais pelo seu falecimento, causado por doenças decorrentes do uso de cigarros da empresa. O colegiado entendeu, por maioria, que a venda de cigarros é lícita. Mas “a mera licitude formal da atividade comercial não exonera a demandada de reparar prejuízos gerados por si comercializados e distribuídos”.

(g) APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE FUMANTE QUE INICIOU O VÍCIO DO TABAGISMO ANTES DA VIGÊNCIA DO CDC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FABRICANTE OU FORNECEDOR PELO FATOS DO PRODUTO (ART. 6º, INCISO VI, 9º E ART. 12, DO CDC). DIREITO COMPARADO. PRESSUPOSTOS. DEFEITO DE PRODUTO INERENTEMENTE PERIGOSO EM RAZÃO DA VIOLAÇÃO DE UMA LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE SEGURANÇA CAPAZ DE PROVOCAR DANOS À SAÚDE DOS CONSUMIDORES. NEXO DE CAUSALIDADE SOB A PERSPECTIVA MÉDICA E JURÍDICA. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ EM RAZÃO DA OMISSÃO EM ALERTAR AOS CONSUMIDORES DE CIGARROS SOBRE OS CONHECIDOS DANOS À SAÚDE PELO ATO DE FUMAR PRODUTO INERENTEMENTE PERIGOSO. CONTRIBUIÇÃO DA VÍTIMA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. 1. AGRAVO RETIDO. Não foi apresentado incidente de impugnação ao valor da causa no momento oportuno, motivo pelo qual se operou a preclusão temporal, a teor do art. 183 do CPC. Ainda assim não fosse, o pedido da ação originária diz com a procedência da ação para condenar a demandada ao pagamento de indenização por danos morais, em valor a ser arbitrado pelo juízo. A parte autora, portanto, não especificou a quantia pleiteada, deixando-a a critério do Juiz, de acordo com a ponderação dos critérios pertinentes. Trata-se de manifesto pedido genérico, motivo pelo qual perfeitamente cabível a fixação do valor da causa como o de alçada. Evidente a viabilidade de deduzir pedido de condenação por danos morais, baseados no sofrimento psíquico, emocional que não encontra exata mensuração econômica no momento da propositura da ação e depende de arbitramento judicial, não encontrando óbice na vedação legal do art. 286 do CPC. 2. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (DIREITO INTERTEMPORAL) Por manifestação expressa do legislador, as normas jurídicas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública, devendo ser aplicadas de forma imediata aos contratos ou relações de consumo em curso e aos fatos ainda não consumados e não integrantes do patrimônio do titular do direito ante o interesse público existente. Como o hábito de fumar fora adquirido anteriormente, e a relação consumerista persistiu após a entrada em vigor do CDC, inclusive o diagnóstico, hospitalização e morte da vítima ocorreram em plena vigência dessa legislação protetiva, aplicável o sistema de responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor. Por outro lado, aplicam-se os brocardos da mihi factum, dabo tibi ius (dá-me o fato, dar-te-ei o direito) ou então o iura

novit curia (o juiz conhece o direito), de modo que era lícito ao juiz sentenciante reconhecer a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, ainda que a petição inicial da ação indenizatória tenha sido fulcrada na responsabilidade civil subjetiva do Código Civil de 1916.

3. A LICITUDE DA CONDUTA da ré, em fabricar e comercializar cigarros, não importa ao deslinde do feito, para o que imprescindível é examinar as particularidades do produto colocado no mercado, seja no plano interno, seja no plano externo. Os atos ilícitos, sem a intenção de esgotá-los, restaram configurados: (a) na omissão das fornecedoras de tabaco em informar, à época em que o adolescente iniciou a fumar, de maneira adequada e clara, sobre as características, composição, qualidade e riscos que o cigarro poderia gerar aos seus consumidores (vício de informação); (b) na publicidade insidiosa e hipócrita difundida há tempo pelas fornecedoras de tabaco, vinculando o cigarro a situações como sucesso profissional, beleza, prazer, saúde, requinte etc.; (c) no fato de as indústrias do fumo inserirem no cigarro substância que acarreta dependência aos seus utentes (nicotina), obrigando-os a consumir mais e mais o produto nocivo, não por uma escolha consciente, mas em razão de uma necessidade química.

4. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR. Em matéria de proteção da saúde e segurança dos consumidores vige a noção geral da expectativa legítima, é dizer, a idéia de que os produtos e serviços colocados no mercado devem atender às expectativas de segurança que deles legitimamente se espera. Em primeiro lugar, exige-se que a existência da periculosidade esteja em acordo com o tipo específico de produto ou serviço (critério objetivo). Em segundo lugar, o consumidor deve estar total e perfeitamente apto a prevê-la, ou seja, o risco não o surpreende (critério subjetivo). O § 1º, do art. 12, do CDC, após salientar que só há responsabilidade civil do fornecedor se houver defeito no produto introduzido no mercado, dispõe, a título exemplificativo, que o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera. Portanto, o conceito de defeito não se relaciona propriamente com a inaptidão do produto para seus fins, mas, antes, com a violação de uma legítima expectativa de segurança, que é capaz de provocar danos aos consumidores. O fato de alguns tabagistas conseguirem largar o vício por conta própria ou com ajuda médica, não exclui a responsabilidade do fabricante, visto que o abandono do vício depende de fatores subjetivos e características individuais dos consumidores. Entretanto, o vício possui a mesma gênese para todos os tabagistas: o consumo de cigarros e o vício pela nicotina. Parar de fumar não significa que a nicotina não vicia ou que o cigarro não possui outros componentes que induzem o consumo de cigarros. A abdicção do vício pelo fumo não depende apenas de uma decisão do próprio fumante ou de sua autodeterminação. Desse modo, os riscos inerentes ao consumo do cigarro não são considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição (art. 8º do CDC), porquanto a expectativa dos tabagistas não é desfrutar de doenças associadas ao consumo de cigarro ou provocar a morte a longo prazo. Ao revés, pretendem obter a sensação calmante e prazerosa provocada pelo consumo de cigarros, estes sim considerados normais e previsíveis.

5. DIREITO COMPARADO. A recente terceira grande onda de litigância contra as empresas de tabaco nos Estados Unidos da América alterou seu curso de modo que está se consolidando a tendência dos Tribunais norte-americanos em condenar as empresas tabagistas. A partir de maio de 1994, se fizeram públicos documentos internos (conhecidos como `cigarette papers`) de algumas empresas tabagistas, que revelariam que as indústrias do fumo sabiam dos riscos para a saúde derivados do consumo de tabaco desde princípios e meados dos anos cinquenta e, apesar disso, teriam omitido as advertências relevantes ao ponto de, recentemente, os governos dos Estados da União terem decidido acionar, por meio de `class actions` a indústria de cigarros para obter o reembolso dos gastos médico-sanitários destinados à saúde por danos relacionados ao tratamento de enfermidades presumidamente relacionadas com o consumo do tabaco.

6. O CIGARRO COMO PRODUTO INERENTEMENTE PERIGOSO. O tabaco é considerado como um produto inerentemente perigoso por conter em si riscos para as vítimas e cujo próprio projeto ou natureza implica uma série de características em virtude das quais não é possível a existência de uma alternativa mais segura, uma vez que se assim se fizesse se descaracterizaria a própria natureza desse produto. Trata-se de produtos nos quais ocorre o paradoxo de que podem ocasionar conseqüências muito negativas, porém, nem por isso, podem ser reputados como inseguros ou desarrazoadamente perigosos.

7. NEXO CAUSAL ENTRE O TABAGISMO E A MORTE. A epidemiologia como método genérico para determinar a causalidade na responsabilidade civil pelo produto. Segundo a teoria da causalidade adequada, aplicada ao âmbito da responsabilidade civil pelo produto, para que se configure o nexo de causalidade, basta que haja séria probabilidade de ocorrência do dano, sendo suficiente que este não seja atribuível a circunstâncias extraordinárias ou situações improváveis, que não seriam consideradas por um julgador prudente. Nesta perspectiva do nexo causal epidemiológico, subministrado pelas regras do que ordinariamente acontece, a prova coligida aos autos conforta a presença do liame de causalidade entre o tabagismo e a neoplasia pulmonar que produziu a morte da vítima.

8. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ NA CONDUTA DA RÉ. É certo que o dever de informação foi instituído expressamente apenas com o advento da Lei 8.078/90. Não obstante, já existia no ordenamento civil o princípio da boa-fé objetiva (regra de conduta), que, em essência, impunha restrições à comercialização de produtos nocivos. Com efeito, aqui não se avoca as disposições do Código de Defesa do Consumidor, mas, sim, o denominado princípio da boa-fé que inobstante não previsto expressamente no Código Civil de 1916, era acolhido pelo sistema de responsabilidade civil, o qual preceitua uma conduta reta entre os contraentes, de forma a proteger a legítima expectativa do outro. Mesmo inexistente previsão legal do dever de informação ao tempo em que o autor começou a fumar (1963), certo é que a demandada deixou de fazer advertência que deveria ser feita, ou que deveria o fabricante saber necessária, incorrendo em violação à necessária boa-fé no tráfego comercial, por omitir dado essencial do produto, já que a ocultação desta informação, por si só, configura a enganiosidade. Com efeito, a existência de ardil fantasioso utilizado com o fim de atrair a simpatia do espectador em relação ao produto torna a publicidade enganosa.

9. QUANTUM INDENIZATÓRIO. Não persiste qualquer dúvida acerca da tristeza, do sofrimento e da angústia enfrentadas pela companheira e pelo filho do de cujus ao ter de presenciar a degradação progressiva da saúde do ente querido, sem lograr êxito nas tentativas de

ajudá-lo a se livrar do vício. A ré induziu o vício de forma direta, por meio de propagandas, com a finalidade única de obter lucro, sem preocupação com a saúde do consumidor. Curial que se reconheça a contribuição da vítima para a sua morte, na medida em que foi alertada por pessoas próximas sobre o perigo da continuidade do tabagismo, conforme a própria petição inicial expõe, motivo pelo qual correta a redução perpetrada no Juízo a quo em 2/3 do valor indenizatório. Incabível maior redução do quantum, dado que o desencadeamento do vício deve ser atribuído à demandada. “DESPROVERAM O AGRAVO RETIDO E O RECURSO DE APELAÇÃO, E DE OFÍCIO, FIXARAM OS JUROS MORATÓRIOS LEGAIS A PARTIR DA SENTENÇA. UNÂNIME.” (Apelação Cível Nº 70016845349, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 12/12/2007).

Outros tribunais começam a mudar a orientação, v.g., o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na apelação cível nº 1.0024.01.038251-3/001, 18ª Câmara Cível, julgada em 02/10/2007, âmbito em que foi dado parcial provimento ao recurso, condenando a empresa Souza Cruz S/A, vencido parcialmente o Relator. O Des. Elpidio Donizetti, em seu voto vencedor, declarou que:

“(…) as indústrias do cigarro omitiram dolosamente as informações de que dispunham, com o fito de garantir o sucesso das vendas do produto. Lamentavelmente, elas foram além. Não satisfeitas em esconder da sociedade os malefícios da nicotina, passaram a criar, por meio da publicidade, uma atmosfera socialmente positiva para o consumo da droga. Com propagandas insidiosas e sedutoras, associaram o consumo do cigarro a prestígio perante o grupo social, liberdade, modernidade e sofisticação.

Os apelos publicitários, como sabido, são capazes de desencadear processos fisiológicos que o indivíduo não é capaz de controlar. Traduzem, a toda evidência, comandos imperativos consubstanciados nas tradicionais palavras de ordem “beba”, “faça”, “use”, “compre”. Dessa forma, desinformados e instados a experimentarem o produto oferecido de forma tão atrativa, os usuários se tornam dependentes inveterados, vítimas da armadilha criada pela publicidade.

É por tal razão que não se pode admitir o argumento de que os fumantes agem com livre arbítrio. Se pudessem imaginar que o cigarro contém mais de 40 substâncias tóxicas e que causa doenças como câncer de pulmão, enfisema e impotência sexual, certamente não se habilitariam ao primeiro trago. Nesse contexto, configurado resta o ato ilícito praticado pela apelada, que transborda a noção romanística de *dolus bonus*, é dizer, aquele em que se empresta certa dose de exagero para ressaltar as qualidades do produto.

Por terem sido vítimas do engodo perpetrado pela indústria tabagista, os jovens fumantes das décadas de 60, 70 e 80 não podem ficar à margem da proteção jurídica sob o argumento simplista de que as leis restritivas à propaganda remontam à década de 90. Não há como prevalecer o entendimento de que somente a partir de então se despertou para os malefícios do cigarro. Como se viu, os fabricantes de cigarro há muito detêm estudos conclusivos sobre as propriedades psicotrópicas e deletérias da nicotina.”

Conforme doutrina abalizada sobre a matéria, a indenização por dano moral deve representar para a vítima uma satisfação capaz de amenizar de alguma forma o sofrimento impingido e de infligir ao causador sanção e alerta para que não volte a repetir o ato. A eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que não signifique um enriquecimento sem causa para a vítima e produza impacto bastante no causador do mal a fim de dissuadi-lo de novo atentado.

Nesse diapasão, leciona Humberto Theodoro Júnior, conforme o qual “*o mal causado à honra, à intimidade, ao nome, em princípio, é irreversível. A reparação, destarte, assume o feito apenas de sanção à conduta ilícita do causador da lesão moral. Atribui-se um valor à reparação, com o duplo objetivo de atenuar o sofrimento injusto do lesado e de coibir a reincidência do agente na prática de tal ofensa, mas não como eliminação mesma do dano moral*”¹.

No caso, a autora sofreu um infarto do miocárdio em 1997, tendo que se submeter a três cateterismos e duas angioplastias posteriormente. Em razão do agravamento de seu estado de saúde, passou a fazer uso constante de medicamentos, tendo de se submeter a freqüentes internações hospitalares.

Embora houvesse tentado de parar de fumar, em consonância com as recomendações médicas, após o infarto de miocárdio, não conseguiu. O perito judicial concluiu que a autor sofre de Síndrome de Dependência ao Tabaco (CID-10 F 17.2), a qual foi descrita como compulsão ao consumo da substância, com desenvolvimento de tolerância e manifestações de abstinência se interrompido o

1 *A liquidação do dano moral*. In *Ensaio Jurídico – O Direito em revista*, IBAJ – Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, RJ, 1996, vol. 2, p.509.

consumo, com persistência no uso apesar de conseqüências claramente nocivas.

Não há dúvida acerca da tristeza, do sofrimento e da angústia enfrentadas pela autora ao ter de presenciar a degradação progressiva da saúde de sua saúde, sem lograr êxito nas tentativas de se livrar do vício.

A ré induziu o vício de forma indireta, por meio de propagandas, com a finalidade única de obter lucro, sem preocupação com a saúde do consumidor. Quando se tornaram legais as advertências públicas sobre os riscos do tabagismo (Lei nº 9.294 de 15 de julho de 1996), a autora já estava viciada, tendo em vista que esta começou a fumar aos treze anos.

Acompanho assim, o relator no tocante ao arbitramento do quantum indenizatório em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), condiz com a gravidade do evento danoso, mostrando-se suficiente aos fins a que se presta, não ensejando indevido locupletamento.

Impende, então, definir os critérios para incidência dos consectários legais, que vão fixados nos termos a seguir.

Em primeiro lugar, a correção monetária não constitui *plus*, e sim mera atualização da moeda, devendo incidir a partir da fixação do *quantum* devido, é dizer, a partir do julgamento (vide: REsp 566714/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 09.08.2004 p. 275; e REsp 862346, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, Julgado em 27/03/2007).

Em segundo lugar, quanto aos juros moratórios, na hipótese de reparação por dano moral, entendo cabível o início da contagem a partir da fixação do *quantum* indenizatório, ou seja, a contar do julgamento no qual foi arbitrado o valor da condenação. Considerando que o Magistrado se vale de critérios de equidade no arbitramento da reparação, a data do evento danoso e o tempo decorrido até o julgamento são utilizados como parâmetros objetivos na fixação da condenação, de modo que o valor correspondente aos juros integra o montante da indenização.

Destaco que tal posicionamento não afronta o verbete da Súmula nº 54 do STJ. Ao revés, harmoniza-se com o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça (vide: REsp 618940/MA; Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro; Terceira Turma; julgado em 24/05/2005; DJ 08.08.2005 p. 302). A *ultima ratio* do enunciado sumular é destacar que a reparação civil por dano moral deve possuir tratamento diferenciado na sua quantificação em relação ao dano material, dado o objetivo pedagógico, punitivo e reparatório da condenação.

Diante do exposto, acompanho o relator para julgar parcialmente procedente a demanda e condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais fixados em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), corrigidos pelo IGP-M, e acrescidos de juros de mora de 12% ao ano, a contar da data deste acórdão.

É o voto.

DES.ª MARILENE BONZANINI BERNARDI - Presidente - Apelação Cível nº 70015107600, Comarca de Passo Fundo: “À UNANIMIDADE, DESPROVERAM O AGRAVO RETIDO E, POR MAIORIA, PROVERAM PARCIALMENTE O APELO.”

Julgador(a) de 1º Grau: LIZANDRA CERICATO VILLARROEL