



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

**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). APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME.**

APELAÇÃO CÍVEL

NONA CÂMARA CÍVEL

Nº 70007090798

COMARCA DE PORTO ALEGRE

TANIA REGINA DOS SANTOS PINTO E OUTROS,

APELANTES;

SOUZA CRUZ S A.,

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 dar parcial provimento ao recurso.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores DES. ADÃO SERGIO DO NASCIMENTO CASSIANO, Revisor, e DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI, vogal.



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

Porto Alegre, 19 de novembro de 2003.

**DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA,**  
**Relator.**

## **RELATÓRIO**

### **DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA (RELATOR)**

Trata-se de ação de indenização por danos morais e patrimoniais ajuizada por TÂNIA REGINA DOS SANTOS PINTO E OUTROS, em desfavor de CIA. DE CIGARROS SOUZA CRUZ.

Alegam, na inicial, que o marido da autora Tânia, Sr. Luiz Vilmar Borges Pinto, teria começado a fumar ainda jovem, com 12 anos de idade, induzido pela propaganda enganosa da demandada, atualmente vedada pelo CDC. Disseram os requerentes que, em virtude do vício pelo cigarro, o marido e pai foi acometido de câncer de pulmão, doença que o levou à morte em 2000. Aduziram que o sofrimento e a conseqüente morte do Sr. Luiz causou à família intensos danos psíquicos, pelos quais deve ser indenizada, bem como em danos materiais eis que a co-autora Tânia, esposa do falecido Luiz, teria interrompido sua função de massoterapeuta, no qual ganhava cerca de R\$ 50,00 por dia; pedem ainda as despesas hospitalares que despenderam com o falecido em virtude de sua doença resultante do uso do cigarro. Requereram a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita e juntaram documentação.

O benefício da AJG foi deferido aos autores, fl. 112.

Na contestação, afirmou a ré, em síntese, que a petição inicial é inepta por falta de pedido certo e determinado em relação aos danos



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

patrimoniais. No mérito, após ter trazido inúmeros precedentes sobre a matéria, argüiu a licitude de sua atividade comercial e a ausência de responsabilidade por simples colocação, no mercado, de produto que gere risco ao consumidor. Argumentou não ser o produto comercializado defeituoso para fins do CDC. Asseverou a inexistência de nexo de causalidade entre a atitude do *de cujus* de começar a fumar e a propaganda realizada, tendo esta sempre estado de acordo com a legislação vigente. Alegou, ainda, ter o conceito de vício e droga se flexibilizado ao longo dos anos, sendo que, atualmente, não pode o consumo de cigarros ser enquadrado no conceito de vício. Por fim, disse que Luiz Vilmar ao fumar durante longa data, mesmo sabendo dos malefícios do cigarro, assumiu o risco decorrente de sua conduta, sendo culpa exclusiva sua o dano ocorrido. Pediu a improcedência da ação e a condenação dos autores no ônus da sucumbência.

Juntou documento, fls. 195/827.

Instada as partes quanto à produção de prova, requereram os autores à realização de prova testemunhal e os réus a expedição de ofícios.

Os debates orais foram substituídos por memoriais, com apresentação das peças nas fls. 1236/1260.

Opinou o Ministério Público.

Adveio sentença que julgou improcedente a ação.

Inconformados com a sentença apelaram TÂNIA REGINA DOS SANTOS PINTO e outros, alegando, em síntese, que existe nexo causal entre o carcinoma de pulmão e o consumo de cigarros de marca do fabrico da empresa ré. Alega que a pretensão dos apelantes se escora na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor, buscando indenização pelos danos causados pela empresa ré, em inquestionável relação jurídica de consumo.



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

Alegam que os exames, laudos e diagnósticos fornecidos pelo hospital e médicos por onde passou o *de cujus*, até sua morte, não deixam qualquer dúvida quanto à causa morte do falecido Luiz Vilmar.

Dizem que o *de cujus* fumava, compulsivamente, desde os 12 anos de idade, sendo que chegou a consumir quatro maços por dia, dos cigarros fabricados pela apelante (Minister, Continental e Hollywood), conforme prova oral.

Trazem que a apelada peca por omissão, pois tinha o dever de alertar, e não alertou o cidadão para os malefícios do fumo. Assim o agir da apelada foi doloso, pois tinha conhecimento do potencial maléfico do seu produto, e preferiu omitir tais informações, correndo, por seu arbítrio, e risco, os males que seriam causados aos que se prostam ao vício, ainda mais sem qualquer noção dos riscos.

Mencionam que a apelante sabendo dos males causados pelo cigarro investiu verdadeira fortuna em propaganda, utilizando-se de formas e meios de convencimento, levando o público a incorrer em erros de avaliação, pois segundo as chamadas dos comerciais, aqueles que fumam tal marca são sempre bem sucedidos, praticantes de esporte, tem sempre as mulheres mais bonitas e outras fantasias que embriagam o ego de qualquer ser humano mediano, incorrendo em ilícito previsto no CDC – Propaganda enganosa.

Relatam que a apelada teria desrespeitado os artigos 12, 31 e 37, do CDC, e entende que deveria ter sido invertido o ônus da prova, conforme previsto no Diploma Consumerista.

Asseveram, os apelantes, que não existe direito subjetivo de lesar, estando à iniciativa privada submetida a valores sociais, e a quebra destes valores leva a penalização e responsabilização pelo ordenamento pátrio, pois a atividade econômica que alcance larga faixa de consumidores



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

destinados à ingestão e processo interno de substância é inerentemente perigosa, Já que qualquer falha nas fases de elaboração, produção, distribuição ou venda vai atingir a integridade física do consumidor.

Aduzem que os exploradores de atividades perigosas estão sujeitos à responsabilização objetiva pelos danos causados e, ainda, possuem obrigação pré-contratual de testar exaustivamente os produtos que introduzem no mercado, certificando-se que os mesmos não causaram danos ao consumidor.

Lembram os apelantes que a dependência química impede o usuário de cigarro de submeter ao seu arbítrio o hábito de fumar, sendo inaceitáveis as ponderações da apelada de que o fumante tem o livre arbítrio de deixar de fumar. Daí afirmarem que pela moderna concepção de controle de riscos, aqueles que empreendem no fabrico de cigarros incidem na teoria da responsabilidade objetiva, com amparo no risco assumido, face o desrespeito à saúde, segurança e qualidade de vida dos fumantes.

Por fim, recordam notícias jornalísticas onde as empresas de cigarro reconhecem o potencial lesivo do cigarro.

Requereram o provimento do apelo, nos moldes da inicial.

Houve contra razões.

O Ministério Público opinou pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

## **V O T O S**

**DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA (RELATOR)** - Conforme constou no relatório, o falecido Luiz Vilmar Borges Pinto fumou desde os 12 anos, uma média de quatro maços de cigarro por dia, das marcas minister, continental e hollywood.



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

Faleceu em decorrência de insuficiência respiratória e ‘câncer pulmonar’, restando provado que consumiu somente cigarros fabricados pela Souza Cruz. Pelo menos esta não fez prova em sentido contrário, como lhe caberia, eis que por se tratarem, as partes, de pessoas hipossuficientes frente ao poderio econômico da ré, a inversão da prova se impunha em favor dos autores.

### **PASSO A EXAMINAR O FEITO.**

1. Consultando obras de Medicina, deparei-me com a intitulada “*AS BASES FARMACOLÓGICAS DA TERAPÊUTICA*”, cujos autores GILMAN, A. GILMAN e A. G. GOODMAN (Ed. Guanabara-Koogan, às págs. 358 e seguintes) assim se manifestaram sob o *título “DEPENDÊNCIA A DROGAS E USO ABUSIVO DE DROGAS”,* na qual enquadram a NICOTINA e o TABAGISMO, salientando que “*a base para considerar-se o uso do tabaco como forma de dependência é apresentada por Jaffe (1990) e no relatório do Surgeon General (1988)*”.

Ocorre que a composição química do tabaco, segundo a obra referida, é formada de “*cerca de 4.000 compostos que são produzidos pela queima do tabaco: a fumaça pode ser separada em fases gasosas e em partículas... Entre os componentes da fase gasosa que produzem efeitos indesejáveis estão o monóxido de carbono, dióxido de carbono, óxidos de nitrogênio, amônia, nitrosaminas voláteis, cianeto de hidrogênio, compostos voláteis contendo enxofre, hidrocarbonetos voláteis, álcoois, aldeídos e cetonas (p. ex. acetaldeído, formaldeído e acroleína). Algumas das últimas substâncias citadas são potentes inibidoras do movimento ciliar. A fase particulada contém nicotina, água e alcatrão; alcatrão é o que resta após remoção da umidade e da nicotina, e consiste principalmente de hidrocarbonetos aromáticos policíclicos, alguns dos quais são carcinógenos documentados. Entre eles*



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

*estão nitrosaminas não-voláteis e aminas aromáticas, que se supõe ter um papel causal no câncer vesical, e hidrocarbonetos policíclicos como o benzo(a) pireno, um carcinógeno extremamente potente. O alcatrão contém também numerosos outros compostos, incluindo íons metálicos e vários compostos radioativos (p. ex. polônio 210). Os componentes com maior probabilidade de contribuir para os riscos do fumo à saúde são o monóxido de carbono, a nicotina e o alcatrão; são prováveis contribuidores para os riscos do fumo à saúde a acroleína, ácido hidrocianico, óxido nítrico, dióxido de nitrogênio, cresóis e anfenóis; os suspeitos de riscos incluem vários outros compostos químicos”.*

As conseqüências para a saúde, pois, são incalculáveis e o uso crônico do tabaco está **causalmente** ligado a várias doenças graves, que vão das coronariopatias ao câncer do pulmão, aumentando o risco quanto maior for o grau de exposição ao cigarro, tanto para os que tragam como para os que não tragam.

Na obra acima citada, consta que:

*“As evidências indicam que as diferentes doenças que estão relacionadas ao uso do tabaco pode ser causadas, pelo menos em parte, pelos diferentes componentes do tabaco ou da fumaça do tabaco. O catálogo das doenças relacionadas ao tabaco é extenso e somente as mais importantes em termos de prevalência e gravidade podem ser mencionadas aqui. As doenças cardiovasculares relacionadas ao tabaco incluem coronariopatias, doenças vasculares cerebrais e doenças vasculares periféricas. O monóxido de carbono (e a hipóxia a ele relacionada) e os efeitos da nicotina sobre o ritmo cardíaco, os ácidos graxos livres no plasma, lipoproteínas e a coagulação do sangue podem contribuir para a aceleração da aterosclerose e as mortes súbitas de base cardíaca. Os fumantes têm uma freqüência três vezes maior e um aumento da ordem de doze vezes na duração de episódios isquêmicos*



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

*silenciosos (Barry et al., 1989)*”. Continuam os autores a relacionarem as doenças múltiplas que poderão advir ao fumante, reportando-me ao lá escrito, inclusive quanto aos efeitos da cessação do uso do tabaco pelo viciado, que tem uma longa tentativa de cessar o seu uso, tendo crises que variam desde a agressividade até a miragem.

Em acréscimo ao estudo científico acima transcrito, há nos autos o depoimento da testemunha arrolada pela ré, o seu engenheiro de materiais ISMAR VOLPON FILHO (fls. 1.044), que trabalha no centro de pesquisa (fl. 1046) e que corrobora os dizeres didáticos, que passo a destacar:

*“J: Eu não sei se o senhor tem estes dados que eu vou lhe perguntar. Qual é a participação da Souza Cruz nas políticas de saúde pública em relação a isso. Há alguma compensação da Souza Cruz para o Governo Federal, em função de gastos com tratamento de cigarro, alguma coisa desse tipo? D: Não, senhora. Não há nenhum que eu saiba, que seja do meu conhecimento. **A Souza Cruz paga os seus tributos que são exigidos por lei, mas não faz nenhum ressarcimento de despesas médicas, se é esta a pergunta que a senhora está me fazendo.***

*(...)*

*PA: Se o depoente poderia esclarecer mais especificamente, qual a função dele? O que ele faz? D: Eu sou gerente de desenvolvimento de produtos, isso significa que, eu coordeno um time de pessoas que cuida de lançamento de novos produtos nos mercados. Produtos quando eu digo são, eu me refiro a marcas de cigarros ou modificações nos produtos existentes.*

*J: Na composição interna dos produtos? D: É, digamos, por exemplo, **a legislação brasileira está pedindo que a partir de final de setembro todos os produtos comercializados no mercado brasileiro, tem que ter no máximo dez miligramas de alcatrão, dez miligramas de nicotina***





LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

***e dez de monóxido de carbono. Então, nós tivemos que fazer uma série de adaptações nas nossas marcas para poder seguir estas modificações.***

***J: Isso aí significa o quê? Menos danos à saúde? D: A gente não pode necessariamente, fazer esta correlação que esses cigarros que tem menores teores, necessariamente, ofereçam menos danos. Estamos nesse caso cumprindo uma exigência legal do ministério da saúde. (...)***

***(...)***

***J: Mais na industrialização, é nessa área? D: É, eu não pertencço ao departamento de marketing, se essa é a questão. Eu trabalho no centro de pesquisas da companhia.***

***PA: O senhor saberia me responder qual é a composição do cigarro? D: Bom, como o senhor pode verificar nos maços de cigarro a composição básica é a mistura de fumos, papel de cigarro, açúcares, extratos vegetais e agentes de sabor. Isso em outras palavras, trata-se de uma mistura de diferentes tipos de fumos, alguns ingredientes que nós colocamos para ressaltar o aroma e o sabor do cigarro tais como: mel, açúcar, cacau, e algumas essências que tem o objetivo de reforçar o aroma do produto.***

***J: Em algumas marcas quanto mais barato o valor, qual é a composição que tem? É mais forte? Não necessariamente, não necessariamente, a Senhora pode encontrar, por exemplo, marcas como Hollywood que é vendida a um preço maior, que Derby, por exemplo, vermelho, e ambas tem os mesmos teores. Mas marcas têm diferentes tipos de preços para atender a diferentes clientes do mercado, diferentes sabores.***

***J: Muda o sabor só? Muda o sabor.***

***(...)***



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

**J: O que causa mais mal, o alcatrão ou a nicotina? Ou é a conjugação de tudo isso com o papel? D: Olha, eu não diria que existe uma relação direta entre o teor de alcatrão e nicotina como malefício a saúde. O que os governos tem feito, inclusive o Governo Brasileiro, eles têm feito política direcionadas a diminuição de teores de alcatrão. Então existe uma crença nos órgãos legais, que cigarros com menores teores de alcatrão seriam cigarros menos...**

**J: Menos lesivos? D: É, exato. Existe uma crença, tanto assim que eles estabelecem essas políticas.**

(...)

**MP: O senhor poderia me responder se desses elementos químicos que entram na composição do cigarro qual ou quais deles que teriam fatores cancerígenos? D: Todas as substâncias que nós colocamos nos cigarros, são substâncias que estão de acordo com as legislações específicas brasileira, tem o azo da legislação de alimentos, nós não temos no Brasil legislação sobre fumo e as legislações...**

**J: O senhor tem conhecimento de alguma destas substâncias... D: Não, eu não tenho conhecimento.**

**J: Não tem conhecimento.**

**MP: Se o preposto da empresa poderia me responder, se a nicotina tem um grande potencial viciante?**

**J: O senhor tem conhecimento? D: Não, eu tenho conhecimento que a nicotina tem o papel farmacológico, mas como eu disse já anteriormente, de acordo com a definição técnica, científica de vício, nós não consideramos que a nicotina é viciante.**

(...)

**J: Composição química do papel? D: O papel que compões o cigarro é celulose, carbonato de cálcio e um aditivo de queima.**



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

*MP: Se na queima do papel do cigarro não são liberados elementos tóxicos? D: Na queima do cigarro em si, na verdade não se queima só o cigarro como o fumo e todas as substâncias ali. São geradas cerca de quatro mil e setecentas substâncias, algumas delas podem ser consideradas ou são consideradas por alguns cientistas como substâncias potencialmente carcinogênica, algumas delas por alguns cientistas”*

Creio que o cigarro vicia e traz conseqüências nefastas à saúde humana, apesar das tergiversações do empregado técnico da ré, mas que não encontram respaldo na doutrina médica acima apontada.

O vício vem através da nicotina, que causa dependência psíquica e química; as doenças resultam do alcatrão, uma vez que queimado a fumaça libera mais de 4.000 produtos químicos, muitos deles cancerígenos; e o gás carbônico termina por queimar o oxigênio do corpo.

**2. Examinando-se o nexo causal**, ressalto o demonstrado pelo eminente Des. Cassiano no julgamento da Apelação Cível n. 70000144626, realizado em 29 de outubro deste ano por esta Eg. Câmara, que a sua comprovação **ocorre** entre o hábito de fumar e a *causa mortis* que vitimou o falecido pai e marido dos autores, que era dependente da droga – e assim considero o cigarro.

**Consta a causa mortis no atestado de óbito de fl. 23, como sendo por insuficiência respiratória e câncer de pulmão. O atestado é de 29 de junho de 2000, sendo que em 08 de maio do mesmo ano – meses antes de falecer – a médica Roberta Venturella, do Serviço de Oncologia Clínica do Hospital Nossa Senhora da Conceição desta capital, encaminhou ao Serviço de Radioterapia do Hospital Santa Rita o falecido, diagnosticando “neoplasia de pulmão de pequenas células em 08.5.2000**



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

**(carcinoma epidermóide)...Como comorbidades tem história de tabagismo pesado durante 30 anos...” (fl. 77).**

Além disso, a prova testemunhal (Ruben Rodrigues, fl. 1051, e Leandro Reus Cezar, fl 1053) caracterizou também o **nexo causal** entre o hábito e dependência química de fumar e o dano causado ao falecido pai e marido dos autores, eis que tais testemunhas asseguraram que o falecido era considerado fumante pesado, e tinha preferência pela marca “Hollywood”.

Caso tivesse sido feita, pela ré, a prova da não existência do nexo causal, a lide poderia ter resultado em morte súbita, por carência de ação, face à eventual impossibilidade jurídica do pedido dos autores.

Reforço o entendimento a respeito da formação do nexo causal, com as **regras de experiência comum** que formei na minha vida profissional iniciada, como magistrado, em agosto de 1982, bem como pelos anos vividos em contínua convivência com viciados em cigarro, que iniciou bem antes de ingressar na carreira jurídica. Observei, nestes anos todos, a dependência que causa o tabagismo e as conseqüências na saúde dos usuários, sendo que, na própria família, convivi com fumantes inveterados que consumiam até três maços de cigarro por dia. Observei, em todos esses anos de vida, a preferência que tinham a respeito de determinadas marcas de cigarro e, por isso, não fico admirado com a escolha dos litigantes em acionar esta ou aquela indústria fumageira, pois, conforme o gosto pelo cigarro, somente fumavam outras marcas caso não tivesse disponível para venda a preferida.

Para emitir tal juízo de valor, valho-me do disposto no **art. 335 do Código de Processo Civil de 1973**, que diz:

***“Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de***



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

*experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial*". (O grifo é nosso).

Em "*Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Orlando Gomes*", sob os auspícios da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia ( Ed. Forense, organizada por Adalício Nogueira e outros), o professor **JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA** escreveu a monografia "Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados", salientou que ao ser redigido o citado art. 335 do vigente CPC, o legislador brasileiro de 1973 incorporou à terminologia legal uma expressão que até aí pertencia exclusivamente à linguagem doutrinária, eis que de "regras de experiência" não falava qualquer outra lei processual.

Do texto da doutrina referida, destacarei as passagens das fls. 605 a 613, que seguem:

*"Constituiria, aliás, absurdo patente exigir do juiz que, ao exercer suas funções judicantes, se despojasse de todas as noções por ele apreendidas como homem, ao longo da vida, sob condições análogas às dos restantes membros da comunidade"*.

*" Assumem aqui relevo duas espécies de conhecimentos. A primeira é a dos fatos a cuja ciência têm acesso, de maneira geral, as pessoas que vivem no ambiente sócio-cultural em que se acha inserido o juiz (fatos notórios): assim, verbi gratia, o de que em certa data se comemora a independência do País, o de que determinada cidade é a sede do Governo, o de que em tal ocasião a estrutura política nacional foi modificada por força de um movimento revolucionário. Ao lado desses fatos alinham-se precisamente as chamadas 'regras de experiência', que deles se distinguem por seu caráter de generalidade e abstração: não se trata agora de acontecimentos singulares, mas de noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de*



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

*acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro. São variadíssimas as fontes das regras de experiência: algumas têm base científica, embora já vulgarizadas e incorporadas à 'sabedoria popular', como a de que onde existem águas estagnadas proliferam mosquitos, ou a de que é de nove meses o período de gestação do ser humano...Eis aí uns poucos exemplos de 'regras de experiência', a que o juiz, não raro, tem necessidade de recorrer para formar sua convicção acerca da lide, e às quais, uma vez que outra, recorrerá como sem dar por isso: são instrumentos corriqueiros de sua comum atividade intelectual, tão habituais que o respectivo emprego já se tornou automático, e nem chega a merecer atenção capaz de recortá-los com nitidez na zona clara da consciência".*

*"Todos esses conhecimentos, que integram o patrimônio cultural comum da sociedade, atuam no processo na medida em que atuam na mente do juiz, ou porque já lá se achassem presentes, ou porque, no caso contrário, ele os adquire mediante consulta às fontes adequadas, sem necessidade, em qualquer hipótese, de provocação das partes".*

*"(...)*

*"A inserção do art. 335 no capítulo do Código referente às provas autoriza talvez a suposição de que o legislador, ao redigi-lo, se deteve num aspecto de problema. Pela colocação do dispositivo, a impressão imediata é a de que só se pensou na utilidade das regras de experiência enquanto instrumentos da apuração dos fatos. Não há negar a relevância das funções que elas podem desempenhar como tais. De um lado, é com base em semelhantes regras que, a partir dos indícios, se formam as chamadas presunções judiciais (praesumptiones hominis) : se ficou provado, verbi gratia, que nove meses antes do parto a mãe havia tido relações sexuais com Tício, o*



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

*juiz utilizará o seu conhecimento de que a gestação dura nove meses para inferir que Tício deve ser o pai da criança”.*

*“(…)*

*“Essas e muitas outras indagações análogas desafiarão a argúcia do juiz, quando tiver de aplicar as normas do Código Civil a casos concretos, submetidos à sua cognição. Para decidir se se produziu ou não, na hipótese, o efeito jurídico previsto na lei, ele tem de assentar, primeiro, se ocorreu ou não o fato típico”.*

*“(…)*

*“Na fixação dos conceitos juridicamente indeterminados, abre-se ao aplicador da norma, como é intuitivo, certa margem de liberdade. Algo subjetivo quase sempre haverá nessa operação concretizadora, sobretudo quando ela envolva, conforme ocorre com freqüência, a formulação de juízos de valor. Exemplo frisante é o dos ‘atos contrários à moral e aos bons costumes’, cuja prática, na dicção do art. 395, n. III, do Código Civil, acarreta a perda do pátrio poder”.*

*“Não se deve, todavia, confundir esse fenômeno com o da **discricionariedade**. Às vezes a lei atribui a quem tenha de aplicá-la o poder de, em face de determinada situação, atuar ou abster-se, ou ainda, no primeiro caso, o poder de escolher, dentro de certos limites, a providência que adotará, tudo mediante a consideração da oportunidade e da conveniência. É o que se denomina poder discricionário. Costuma-se apontar a atividade administrativa como o campo de eleição de tal poder; mas a verdade é que também o juiz não raro se vê autorizado pelo ordenamento a opções discricionárias. Incluem-se nesse âmbito, verbi gratia, no terreno penal, a possibilidade do perdão judicial, bem como a de escolher a pena entre duas ou mais alternativamente cominadas; no terreno civil, a adoção, pelo órgão judicial, da ‘medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres’, na hipótese de*



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

*abuso de pátrio poder..., a fixação do rumo de passagem forçada em benefício do prédio encravado...”.*

*“O que um e outro fenômeno têm em comum é o fato de que, em ambos, é particularmente importante o papel confiado à prudência do aplicador da norma, a quem não se impõem padrões rígidos de atuação. Há, no entanto, uma diferença fundamental, bastante fácil de perceber-se se se tiver presente a distinção entre os dois elementos essenciais da estrutura da norma, a saber, o ‘fato’ (Tatbestand, fattispecie) e o efeito jurídico atribuído à sua concreta ocorrência. Os conceitos indeterminados integram a descrição do ‘fato’, ao passo que a discricionariedade se situa toda no campo dos efeitos. Daí resulta que, no tratamento daqueles, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa: uma vez estabelecida, in concreto, a coincidência ou a não coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada. Sucede o inverso, bem se compreende, quando a própria escolha da consequência é que fica entregue à decisão do aplicador”.*

Estas citações reforçam, pois, o meu entendimento a respeito da matéria “sub judice”, no sentido de que independentemente da tipificação do caso concreto, as regras de experiência demonstram que a ré Souza Cruz não agiu com lealdade referentemente a seus clientes, do mal que o cigarro realmente causa ao ser humano, sendo que, ainda hoje, apesar de todas as exigências do Governo Federal – que no meu ver é conivente – com relação a propaganda, os malefícios do fumo não estão bem esclarecidos e a fórmula do cigarro, constantes nas carteiras, não são suficientes para impedir o consumo e, conseqüentemente, o vício que advirá após o uso continuado do ato de fumar, bem como as doenças resultantes da droga.





LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

**As regras de experiência**, enfim, demonstram que o exame do **nexo causal** pode ser ampliado pelo que se tem conhecimento da vida, relativamente ao uso do cigarro, o mal que tem causado aos seus usuários e que estão a nos rodear, trazendo conseqüências maléficas irreversíveis em muitos casos. Tudo pelo uso inadequado dos dependentes químicos e psíquicos, sem que haja qualquer responsabilização das indústrias fabricantes de cigarros, que apenas lucram com o seu agir e em nada contribuem para amenizar o mal que causam à saúde pública deste País.

**3.** Desde já afastado o dolo no agir da ré Philip Morris do Brasil S/A, eis que não creio pretendesse causar efetivamente dano à saúde do falecido Luiz. **No entanto, vislumbro a culpa Aquiliana**, prevista no **art. 159 do CCv/16**, caracterizando-se por **omissão na ação**.

Segundo lição do professor De Plácido e Silva (Vocabulário Jurídico, Ed. Forense, 1986, 9ª. Ed., Vol. I A-C e Vol. II D-I, págs. 589/591), *“...O dever, indispensável à estrutura da culpa (falta voluntária-ato intencional ou falta involuntária-omissão), pode promanar de um contrato (culpa contratual) OU DE MERO PRECEITO GERAL DE DIREITO a que se está obrigado, em respeito às pessoas ou a seus bens (culpa extracontratual ou aquiliana)...”*, pois, como destacado por SERGIO CAVALIERI FILHO (in Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros Editores, 3ª. Ed., 2002, p. 38): *“A omissão, todavia, como pura atitude negativa, a rigor não pode gerar, física ou materialmente, o dano sofrido pelo lesado, porquanto do nada provém. Mas tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico OU DE UMA CONDUTA ANTERIOR DO PRÓPRIO OMITENTE, CRIANDO O RISCO DA OCORRÊNCIA DO RESULTADO, DEVENDO, POR ISSO, AGIR*



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

*PARA IMPEDI-LO*”. A doutrina de CUNHA GONÇAVES e de PONTES DE MIRANDA, também convergem com a de CAVALIERI FILHO, e com a posição adotada pelo eminente Des. Cassiano no julgamento da apelação cível n. 70000144626 – e aqui aproveito para corrigir a menção que fiz naquele voto de que os dizeres a seguir ressaltados seriam do Des. Sergio Cavalieri Filho -, no sentido de que: *“Especialmente no ponto de criação do risco e do dever de impedir o resultado danoso: se foi criado risco ou perigo, quem o criou tem o dever de impedi-lo, o que, não o fazendo, importa em responsabilidade por omissão, que caracteriza a culpa”*. E este sempre foi o agir da ré PHILIP MORRIS, pois ao ter agido com **OMISSÃO NA AÇÃO**, negligenciou ao **não tomar todas as precauções necessárias para não causar prejuízo a outrem**.

Sabia a ré que a composição química do tabaco continha cerca de 4.700 compostos produzidos pela queima do mesmo; que os componentes químicos do cigarro levam à dependência psíquica e química; que várias são as doenças resultantes do uso continuado do seu produto, **criando, com tal agir, o risco do resultado** e, por isso, tinha e tem a obrigação de impedi-lo.

**Omitindo-se e negligenciando**, com a conivência do Estado, que dá incentivo fiscal à produção de cigarros e assemelhados, **responde na modalidade de culpa por omissão e, no presente caso, pelo resultado morte da vítima** (pai, marido, etc. dos autores).

**4. Aplica-se, pois, o art. 159, do CCv/16, conforme analisado acima, bem como o princípio da boa-fé objetiva e Código de Defesa do Consumidor, que passo a expor.**

Da mesma forma que a **Teoria da Aparência** surgiu no nosso ordenamento jurídico através da jurisprudência (que também é fonte de direito), vindo do direito francês, eis que no nosso Código Civil de 1916 a aparência do



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

direito e sua eficácia encontravam solução em várias hipóteses como nos arts. 1.321, 1.600, 1505 e 1507, conforme aponta ARNALDO RIZZARDO (in “Teoria da Aparência”, Ajuris vol. 24/227), o **Princípio da Boa-Fé também** já era vislumbrado naquele Diploma Legal nos arts. 155, 221, e parágrafo único, 490, 510, 516, 550, 551, 618, 619, 622, 968, 1.272, 1.382, 1.404 e 1.507, entre outros dispositivos, autorizando, pois, sua aplicação no Brasil desde a entrada em vigor daquele Código, **da boa-fé subjetiva, mas admitindo-se, ainda, a BOA-FÉ OBJETIVA** no art. 1.443 (“O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”), conforme CLÓVIS BEVILÁQUA ao comentar o referido artigo como prevalência da mesma. Neste sentido, afirma CIBELE PINHEIRO MARÇAL CRUZ E TUCCI, na sua monografia “Teoria Geral da Boa-fé Objetiva”, publicada na Revista do Advogado, ano XXII, n. 68, dezembro/2002, pág. 107).

E a aplicação de tal princípio pressupõe a existência de uma obrigação entre a fábrica de cigarros e o consumidor, num contrato tido de massa, no qual o que compra o produto para consumo próprio espera em contrapartida: receber um produto adequado para consumo, que não lhe traga prejuízos à saúde. E tal contrato, após o consumidor tornar-se dependente, passa a ser considerado injusto e viciado, pois, com a dependência psíquica e química, perde a voluntariedade do ato, gerando obrigações de cura e tratamento ao novo dependente químico e psíquico. **Aí que entra o princípio da boa fé objetiva**, que se constitui: “num **princípio geral**, aplicável ao direito das obrigações, através do qual se produz nova delimitação do conteúdo objetivo do negócio jurídico, especialmente o contrato, mediante inserção de deveres e obrigações acessórios, ou produzindo a restrição de direitos subjetivos, ou ainda através da aplicação de método hermenêutico-integrativo, para interpretação da declaração de vontade, sempre com vistas a ajustar a



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

relação jurídica à função econômico-social determinável no caso concreto” ( Cibele Pinheiro Marçal Cruz e Tucci, ob. Cit. Pág. 101).

O **Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)**, por sua vez, no que tange às relações de consumo, expressamente consignou o princípio da boa-fé em dois dispositivos, quais sejam o art. 4º e o art. 51.

Veja-se que a **constatação do câncer** no falecido ocorreu em **maio de 2000, conforme destacado acima referentemente ao encaminhamento médico de fl. 77**, em plena vigência do referido diploma legal, que passou a vigorar a partir de 12 de março de 1991 (art. 118), **tratando-se de lei de ordem pública e de interesse social**, conforme estabelece o art. 1º, de imediata aplicação. **E aí não importa para a incidência do mesmo que a vítima já fumava antes da entrada em vigor do CDC, visto que relevante é a consequência desse uso contínuo que foi constatado após a vigência do Estatuto Consumerista.**

**Mais, uma vez que o consumidor do fumo o faz de maneira habitual, rotineira, sendo uma relação jurídica que se renova a cada novo consumo, é perfeitamente aplicável à hipótese o CDC**, conforme afirma ADRIANA DO COUTO LIMA PEDREIRA, em obra abaixo citada e identificada, à p. 66.

No ver de LÚCIO DELFINO (in Responsabilidade Civil e Tabagismo no Código de Defesa do Consumidor, Ed. Del Rey, p. 90) que:

***“O fumante, hoje acometido por enfermidades associadas ao tabaco (ou falecido em virtude do consumo de cigarros), provavelmente praticou tabagismo décadas antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor; no entanto, os efeitos maléficos a sua saúde surgiram após a publicação do referido estatuto legal. Naquelas situações que nasceram sob o império da lei antiga, mas continuam a produzir os seus efeitos sob a lei nova (efeitos futuros das situações jurídicas), verifica-se que a lei novel aplica-se imediatamente mesmo aos efeitos***



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

***futuros das situações nascidas sob o império da lei anterior”.***

O enquadramento legal do agir da ré incide na disposição do **art. 12, par. 1º, do Código de Defesa do Consumidor**, que considera **o cigarro como produto defeituoso**, visto não oferecer segurança que dele legitimamente se pode esperar, considerando-se a apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam.

Washington Peluso Albino de Souza, em artigo publicado na Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial (Repositório de Jurisprudência autorizado pelo STF, sob n. 004/85 e pelo STJ, sob n. 12 ‘Portaria n. 8/90’, Ano 15, Outubro-Dezembro/1991, n. 58, artigo denominado: “Considerações a respeito do Código de Proteção e defesa do consumidor, pág. 106), ao tratar da **“responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, referida aos ‘defeitos’ e às informações insuficientes e inadequadas sobre a utilização e os riscos e responsabilidades do fabricante, do produtor, do construtor nacional ou estrangeiro e do importador”**, salienta que: **“Sua responsabilidade independe da existência de culpa e dela somente se eximem se houver culpa exclusiva do consumidor (art. 12, par. 3º, III), ou por não ter colocado o produto no mercado ou, se o fez, nele não existir defeito.**

**“O comerciante pode ser o responsável, por ser o elemento habitualmente em contato com o consumidor, e na hipótese de não se identificarem os demais fornecedores da cadeia seqüencial de atividades”.**

**“Quanto ao defeito no serviço, o fornecedor é o responsável, também independentemente de culpa, à exceção dos profissionais liberais, cuja responsabilidade se apura mediante a verificação da culpa”.**

**PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO**, desembargador deste colendo Tribunal e que já integrou esta Câmara, assevera que:



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

*“Salvatore Patti, ao analisar o art. 8º da lei italiana sobre responsabilidade por produtos defeituosos (D.P.R. n. 224/88), observa a necessidade de se analisar a prova do nexo de causalidade sob nova perspectiva, mais compatível com as exigências do mercado de consumo. Expressa entendimento que se mostra adequado também ao direito brasileiro”.*

*“A efetiva proteção do consumidor exige que se redimensionem as exigências probatórias para sua adaptação à complexidade das relações de consumo, inclusive com a aplicação conjugada da teoria da equivalência dos antecedentes e da teoria da causalidade adequada em sua formulação negativa”.*

*“O consumidor prejudicado deve comprovar que o produto ou serviço situam-se dentro do leque de possíveis causas do evento danoso por ele sofrido. Após, compete ao fornecedor demonstrar a inexistência de defeito. Verificada a ocorrência do defeito, o ônus da prova de que ele é causa inteiramente inadequada também pertence ao fornecedor do produto ou serviço em questão no processo de causação do dano”.*

*“Assim, além das eximentes elencadas nos arts. 12 e 14, par. 3º, do CDC, **competirá também ao fornecedor demonstrar que o defeito do produto ou do serviço, ainda que existente, não foi causa adequada do dano sofrido pelo consumidor, ou não o foi na extensão...**” apontada. ( o grifo é nosso). (in “Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor”, 2002, Ed. Saraiva, pag. 245).*

À pág. 346 e 347 de sua obra, ressalta o eminente desembargador Sanseverino que:

*“Nessas situações, haverá, freqüentemente, necessidade da formulação de um juízo de probabilidade ou de razoabilidade, no caso concreto, na valoração da prova, para a correta avaliação da veracidade dos fatos. Isso poderá ser feito em benefício do fornecedor ou do consumidor: em favor do*



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

*fornecedor, no exame, por exemplo, da alegação de inexistência de defeito; em favor do consumidor, no exame, em especial, do nexo de causalidade ou, até mesmo, da extensão dos danos”.*

*“(…)*

*“O juiz, ao avaliar a prova, não deve formular um simples juízo de possibilidade da veracidade das alegações da parte; contudo, convencendo-se da forte probabilidade de serem verdadeiros os fatos afirmados pelo consumidor ou pelo fornecedor, deve contentar-se com os elementos probatórios produzidos na formulação do seu juízo decisório para efeito de uma justa composição”.*

**Incide, ainda, a ré, com o seu agir,** na disposição do art. 6º e incisos I, III, IV, VI e VIII, do citado diploma de defesa do consumidor.

Por outro lado, não se discute da licitude ou não do agir da empresa que fabrica o cigarro, pois se sabe que está a agir com a conivência da Federação e do Estado, que se beneficiam com o retorno de impostos. “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”, na advertência de ADRIANA DO COUTRO LIMA PEDREIRA (in Responsabilidade Civil das Empresas Fabricantes de Fumo, Ed. Forense, pág. 62).

Ressalto, por fim, que a propaganda enganosa que as empresas de fumo praticam para a venda do cigarro, está amparada em Lei Federal específica de n. 9.294/96. No entanto, mesmo que tenham, as propagandas, as advertências maléficas provenientes do fumo e que são determinadas por tal lei, demonstram aos usuários e aos futuros usuários a vantagem em fumar-se,



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

como que seus personagens realmente vivessem fumando e por isso seriam esbeltos e lindos.

Eis a ementa da apelação cível n. 70000144626, da lavra do em. Des. Cassiano, que bem resume a matéria posta acima, e que serve de primeiro precedente desta Câmara, ocasião em que tive a honra de acompanhá-lo:

**“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. TABAGISMO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO AJUIZADA PELA FAMÍLIA. RESULTADO DANOSO ATRIBUÍDO A EMPRESAS FUMAGEIRAS EM VIRTUDE DA COLOCAÇÃO NO MERCADO DE PRODUTO SABIDAMENTE NOCIVO, INSTIGANDO E PROPICIANDO SEU CONSUMO, POR MEIO DE PROPAGANDA ENGANOSA. ILEGITIMIDADE PASSIVA, NO CASO CONCRETO, DE UMA DAS CO-RÉS. CARACTERIZAÇÃO DO NEXO CAUSAL QUANTO À OUTRA CO-DEMANDADA. CULPA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DECORRENTE DE OMISSÃO E NEGLIGÊNCIA, CARACTERIZANDO-SE A OMISSÃO NA AÇÃO. APLICAÇÃO, TAMBÉM, DO CDC, CARACTERIZANDO-SE, AINDA, A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. A prova dos autos revela que a vítima falecida teria fumado durante 40 anos, cerca de 40 cigarros por dia, tendo adquirido enfisema e câncer pulmonar que lhe acarretaram a morte. Não havendo comprovação de que o *de cuius* consumisse os cigarros fabricados pela co-ré Souza Cruz, impõe-se, no caso concreto, reconhecer ilegitimidade passiva desta. É fato notório, cientificamente demonstrado, inclusive reconhecido de forma oficial pelo próprio Governo Federal, que o fumo traz inúmeros malefícios à saúde, tanto à do fumante como à do não-fumante, sendo, por tais razões, de ordem médico-científica, inegável que a nicotina vicia, por isso que gera dependência química e psíquica, e causa câncer de pulmão, enfisema pulmonar, infarto do coração entre outras doenças igualmente graves e fatais. A indústria de tabaco, em todo o mundo, desde a década de 1950, já conhecia os males que o consumo do fumo causa aos seres humanos, de modo que, nessas circunstâncias, a conduta das empresas em omitir a informação é evidentemente dolosa, como bem demonstram os arquivos secretos dessas empresas, revelados nos Estados Unidos em ação judicial movida por estados norte-americanos contra grandes empresas transnacionais de tabaco, arquivos esses que se contrapõem e desmentem o posicionamento público das empresas – revelando-o falso**





LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

e doloso, pois divulgado apenas para enganar o público – e demonstrando a real orientação das empresas, adotada internamente, no sentido de que sempre tiveram pleno conhecimento e consciência de todos os males causados pelo fumo. E tal posicionamento público, falso e doloso, sempre foi historicamente sustentado por maciça propaganda enganosa, que reiteradamente associou o fumo a imagens de beleza, sucesso, liberdade, poder, riqueza e inteligência, omitindo, reiteradamente, ciência aos usuários dos malefícios do uso, sem tomar qualquer atitude para minimizar tais malefícios e, pelo contrário, trabalhando no sentido da desinformação, aliciando, em particular os jovens, em estratégia dolosa para com o público, consumidor ou não. O nexó de causalidade restou comprovado nos autos, inclusive pelo julgamento dos embargos infringentes anteriormente manejados, em que se entendeu pela desnecessidade de outras provas, porquanto fato notório que a nicotina causa dependência química e psicológica e que o hábito de fumar provoca diversos danos à saúde, entre os quais o câncer e o enfisema pulmonar, males de que foi acometido o falecido, não comprovando, a ré, qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos autores (art. 333, II, do CPC). O agir culposo da demandada evidencia-se na omissão e na negligência, caracterizando-se a omissão na ação. O art. 159 do CCB/1916 já previa o ressarcimento dos prejuízos causados a outrem, decorrentes de omissão e negligência, sendo que o criador de um risco tem o dever de evitar o resultado, exatamente porque, não o fazendo, comete a omissão caracterizadora da culpa, a chamada omissão na ação conceituada na doutrina do preclaro Cunha Gonçalves, a qual é convergente com as lições de Sergio Cavalieri Filho e Pontes de Miranda, sendo a conduta da demandada violadora dos deveres consubstanciados nos brocardos latinos do *neminem laeder, suum cuique tribuere* e no próprio princípio da boa-fé objetiva existente desde sempre no Direito Brasileiro. A conduta anterior criadora do risco enseja o dever, decorrente dos princípios gerais de direito, de evitar o dano, o qual, se não evitado, caracteriza a culpa por omissão. Como acentua a doutrina, esse dever pode nascer de uma conduta anterior e dos princípios gerais de direito, não sendo necessário que esteja concretamente previsto em lei, bastando apenas que contrarie o seu espírito. Não obstante ser lícita a atividade da indústria fumageira, a par de altamente lucrativa, esta mesma indústria, desde o princípio, sempre teve ciência e consciência de que o cigarro vicia e causa câncer, estando cientificamente comprovado que o fumo causa dependência química e psíquica, câncer, enfisema



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

pulmonar, além de outros males, de forma que a omissão da indústria beira as fronteiras do dolo. A ocultação dos fatos, mascarada por publicidade enganosa, massificante, cooptante e aliciante, além da dependência química e psíquica, não permitia e não permite ao indivíduo a faculdade da livre opção, pois sempre houve publicidade apelativa, sobretudo em relação aos jovens, sendo necessário um verdadeiro clamor público mundial para frear a ganância da indústria e obrigar o Poder Público à adoção de medidas de prevenção a partir de determinações emanadas de órgãos governamentais. Ainda que se considere que a propaganda e a dependência não anulem a vontade, o fato é que a voluntariedade no uso e a licitude da atividade da indústria não afastam o dever de indenizar. Desimporta a licitude da atividade perante as leis do Estado e é irrelevante a dependência ou voluntariedade no uso ou consumo para afastar a responsabilidade. E assim é porque simplesmente o ordenamento jurídico não convive com a iniquidade e não permite que alguém cause doença ou mate seu semelhante sem que por isso tenha responsabilidade. A licitude da atividade e o uso ou consumo voluntário não podem levar à impunidade do fabricante ou comerciante de produto que causa malefícios às pessoas, inclusive a morte. Sempre que um produto ou bem – seja alimentício, seja medicamento, seja agrotóxico, seja à base de álcool, seja transgênico, seja o próprio cigarro – acarrete mal às pessoas, quem o fabricou ou colocou no mercado responde pelos prejuízos decorrentes. Ante as conseqüências desastrosas do produto, como é o caso dos autos, que levam, mais tragicamente, à morte, não pode o fabricante esquivar-se de arcar com as indenizações correspondentes. Mesmo que seja lícita a atividade, não pode aquele que a exerce, cometendo abuso de seu direito, por omissão, ocultar as conseqüências do uso do produto e safar-se da responsabilidade de indenizar, especialmente se, entre essas conseqüências, estão a causação de dependência e de câncer, que levaram a vítima à morte. E também não pode esquivar-se da responsabilidade porque sempre promoveu propaganda ligando o uso do produto a situações de sucesso, riqueza, bem estar, vida saudável, entre outras, situações exatamente contrárias àquelas que decorrem e que são conseqüências do uso de um produto como o cigarro. Ademais, aplica-se também ao caso dos autos o Código de Defesa do Consumidor, porquanto a ocorrência do resultado danoso se deu em plena vigência do Regramento Consumerista, que é norma de ordem pública e de interesse social (art. 1º do CDC), e por isso de aplicação imediata. O cigarro é produto altamente perigoso, não só



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

aos fumantes como também aos não-fumantes (fumantes passivos ou *bystanders*), caracterizando-se como defeituoso, uma vez que não oferece a segurança que dele se pode esperar, considerando-se a apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam (art. 12, § 1º, do CDC), situação que importa na responsabilidade objetiva do fabricante, que apenas se exime provando que não colocou o produto no mercado, ou que, embora o haja colocado, o defeito inexistia ou que o mal não foi causado, ou, por fim, que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro, o que aqui não se caracteriza porque o ato voluntário do uso ou consumo não induz culpa e, na verdade, no caso, sequer há opção livre de fumar ou não fumar, em decorrência da dependência química e psíquica e diante da propaganda massiva e aliciante, que sempre ocultou os malefícios do cigarro, o que afasta em definitivo qualquer alegação de culpa concorrente ou exclusiva da vítima. A indenização pelos danos materiais deverá ressarcir a venda de imóvel e de bovinos, despesas médicas e hospitalares comprovadas, hospedagem de acompanhantes durante a internação e gastos com o funeral. Também são indenizáveis os prejuízos decorrentes do fechamento do mini-mercado da vítima, desde a época da constatação da doença até a data em que o falecido completaria 70 anos de idade, conforme a expectativa de vida dos gaúchos, valor a ser apurado de acordo com a média de lucro dos últimos 12 meses de funcionamento anteriores à constatação da doença. As demais pretensões indenizatórias impõem-se indeferidas, porquanto não comprovados os prejuízos (art. 333, I, do CPC). A título de danos morais, tem-se como razoável, prudente e suficiente a fixação da quantia de 600 salários mínimos nacionais para a esposa, de 500 para cada um dos quatro filhos e de 300 para cada um dos genros, totalizando, a indenização a esse título, 3.200 salários mínimos nacionais, diante das peculiaridades do caso e da necessidade de atender o caráter sancionatório-punitivo e a finalidade reparatório-compensatória da verba, sem implicar enriquecimento indevido dos demandantes. **APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA, POR MAIORIA**”.

**5. Condeno, pois, a apelada Souza Cruz ao pagamento de dano moral, conforme segue.**

Para a autora Tânia Regina dos Santos Pinto, viúva, a quantia de 500 salários mínimos e, para cada um dos filhos do *de cujus* (Leonardo, Ethienne e Cristiano) a quantia de 300 salários mínimos, **num total de 1.700**



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

**salários mínimos**, levando-se em conta o sofrimento de ambos com relação aos efeitos do fumo no estado de saúde do falecido Luiz Vilmar, o estado de ânimo que lhes assaltou ao ver a dedicação ao consumo do fumo já contra a própria vontade do falecido que já se encontrava irremediavelmente viciado. Montante que tenho como suficiente, diante da peculiaridades do caso concreto, para atender o caráter sancionatório-punitivo e a finalidade reparatório-compensatória, sem implicar enriquecimento indevido dos demandantes, nem comprometer economicamente a Empresa-Ré

**6. O dano material não** restou provado, como o desempenho da função de massoterapeuta pela ex-esposa do falecido Luiz e que ganhasse o solicitado na inicial, bem como também não restaram provados nos autos as despesas hospitalares ou desfazimento de bens patrimoniais para o pagamento de eventual tratamento médico.

ISSO POSTO, voto no sentido de prover em parte o recurso e, por conseqüência, julgar parcialmente procedente a ação, condenando a ré CIA. DE CIGARROS SOUZA CRUZ a pagar: - **500 salários mínimos nacionais para a esposa TÂNIA e; - 300 salários mínimos para cada um dos filhos do falecido Luiz,** valores que serão convertidos em reais na data desta sessão, corrigidos pelo IGP-M até a data do efetivo pagamento e acrescidos dos juros de mora à razão de 6% ao ano, a contar da data do evento morte, nos termos da Súmula nº 54 do STJ, tendo em conta ainda que a constituição em mora ocorreu na vigência do Código Civil Brasileiro de 1916 (STF, RE 142104 e RE 187240); condeno ainda a apelada ao pagamento de custas e honorários que fixo em 15% sobre o valor da condenação, na forma do art. 20, par. 3º e 4º, do CPC, bem como na metade das custas processuais; condeno ainda os autores ao pagamento de honorários advocatícios do



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

procurador da ré, face ao decaimento de seu pedido relativamente ao dano material e hospitalar, em R\$ 4.000,00, na forma do art. 20, par. 3º e 4º, do CPC, que ficarão suspensos até que tenham condições para arcar, face à gratuidade deferida.

É o voto.

**DES. ADÃO SÉRGIO DO NASCIMENTO CASSIANO(REVISOR)** – Sr. Presidente, estou de acordo com o brilhante, minucioso e culto voto de V. Exa., pois está seguindo a linha de entendimento adotada por maioria, nesta Colenda Câmara, no julgamento da Apelação Cível nº 70000144626, na qual tive a honra de proferir o voto vencedor e condutor do acórdão, razão pela qual havia trazido algumas considerações escritas para este julgamento.

Entretanto, dadas as questões que foram levantadas da Tribuna durante este julgamento e dada a importância e relevância do tema, rogo vênias a V. Exa. para alinhar algumas considerações – além daquelas que havia escrito – que entendo pertinentes, consignando, desde já, que vou adotar os fundamentos do voto que proferi naquele julgamento já referido, e que, também, de certa forma, foram invocados por V. Exa. em seu voto.

Entre outras coisas, esta Câmara – ou, pelo menos, os que proferiram os votos vencedores naquele julgamento e também neste – já está sendo acoimada, por aqueles a que a decisão desfavorece, como uma Câmara que teoriza, que julga em tese, que não examina os fatos; que utiliza a *Internet* como instrumento que representaria documento que não está nos autos e que, de certa forma, portanto, julga fora do caso dos autos; e, ainda, se diz que até mesmo as decisões seriam ideológicas.

Quero iniciar, Sr. Presidente, novamente, fazendo teoria, embora sem ter a pretensão de ser um teórico ou de ser um jurista, quem sabe,



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

porque, efetivamente, me falta sabedoria para isso. Mas, se me falta sabedoria, não me falta a coragem do julgador, não me falta o segundo requisito do julgador – pois o primeiro penso ser a coragem – que é a sensibilidade; não me falta a terceira, que é muito trabalho – ser trabalhador acho que é a terceira qualidade do julgador. Essas qualidades, Sr. Presidente, eu modestamente as tenho. Não teria a quarta, que creio ser a sabedoria. Mas, em minhas curtas luzes, penso que a quarta, talvez, não seja assim tão importante.

Seja como for, eminente Presidente, quando operamos no Direito, temos que ter, no mínimo, uma idéia ou noção de Direito para, a partir dela, podermos examinar os casos concretos e fazer a justiça do caso concreto, que é aquilo que de nós exige o povo, que é aquilo que de nós exige a sociedade, que é aquilo que de nós exige o jurisdicionado.

Entendo que o Direito é, antes de tudo, um sistema. E sistema, como já dizia Condillac, é a reunião ordenada de várias partes que se relacionam harmonicamente e que mutuamente se sustentam num imbricamento de relações recíprocas de parte e todo e de todo e parte, sendo que as que dão razão às outras são os chamados princípios, os princípios gerais de Direito de que tanto se fala.

Nessa linha, então, dos princípios e do sistema, princípios a que já não há mais condições de se negar a normatividade, característica fundamental do Direito, como ordem coativa de consecução da justiça. Assim, essa normatividade e esse caráter sistêmico do Direito não é e não pode mais ser negado por ninguém.

Nesse norte de pensamento poderia lembrar aqui desde o americano Ronald Dworkin, passando por Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, Robert Alexy, para citar apenas alguns dos autores estrangeiros. E apenas para lembrar alguns autores nacionais, um de saudosa memória, Geraldo Ataliba, que, embora não sendo do ramo da responsabilidade civil, tinha e



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

expunha magistralmente uma visão científica do Direito, coerente e metodológica. Ainda entre os brasileiros podem ser citados, entre outros, Paulo de Barros Carvalho e Roque Antonio Carrazza, não devendo ser esquecidos, aqui no Rio Grande do Sul, da nossa UFRGS, os Professores Juarez Freitas e Humberto Ávila.

Portanto, não tenho dúvida quanto ao caráter sistêmico do Direito e quanto à normatividade dos princípios.

Tenho dito, Sr. Presidente, nessa linha da idéia de Direito que possuo, que o Direito, então, é formado pelos princípios gerais, pela legislação – sim, porque eu já dizia, naquele julgamento anterior, que o Direito não se esgota na lei – pela jurisprudência, que nós aqui modestamente fazemos, pelo costume e pelos valores jurídicos.

Não podemos esquecer que os valores jurídicos não são uma abstração, assim como também os princípios, definitivamente, não são abstrações elucubrativas destituídas de positividade.

Ademais, podemos perceber que os valores jurídicos podem ser, ao mesmo tempo, também princípios gerais. Lembraria, aqui, apenas para exemplificar, o art. 5º, X, da Constituição Federal, que trata do direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, e um outro princípio que está no art. 220 da mesma Carta, que trata da chamada liberdade de imprensa ou liberdade de informação.

Até que ponto os princípios se relacionam e até que ponto um princípio cede diante do outro? Este mecanismo de funcionamento dos princípios no interior do Direito e da ordem jurídica é que mostra a tese, a tese pela qual, muitas vezes, dizem que julgamos em tese ou ideologicamente.

Karl Larenz dá exemplos característicos na sua metodologia sobre como se resolve esta questão do aparente conflito de princípios, que é



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

resolvido pelo próprio sistema e sobre o qual não vou alongar-me aqui na explicação porque não é esse o objetivo.

Mas o que quero dizer com isso, eminente Presidente, eminente Des. Nereu, sem ficar aqui pregando doutrina, é que a tese, a teoria é justamente aquilo que os logicistas diriam que é a premissa maior.

Nesse sentido, a tese é a norma, a qual não se confunde absolutamente com a lei, exatamente porque ela, a norma, é deduzida do sistema pelo intérprete ou aplicador, sistema esse que, como dito, na nossa concepção, é formado pelos princípios, pela legislação, pela jurisprudência, pelos costumes e pelos valores. Esta norma, assim visualizada, é justamente a tese, a premissa maior, sendo os fatos, a premissa menor. Esta tese ou esta norma, vem impregnada dos valores, por isso que o sistema é assim formado, se me fiz bem explicar, também pelos valores jurídico-humanos.

Assim, a tese, *rectius*, a norma, premissa maior, incide sobre os fatos, que são a premissa menor, donde se retira então, num juízo lógico e axiológico, a conclusão. E essa conclusão é a solução ou o julgamento do caso, o desfecho da causa.

Foi isso o que se fez naquele julgamento do precedente anteriormente referido, e é isso o que se está fazendo aqui, e, portanto, tudo o que se disser a respeito, para além disso, Sr. Presidente, sobre julgamento em tese e ideologia – se V. Exa. me permitir o exagero do lugar comum e até do chulo – não passa de um simples e mero “*jus esperniandi*” de quem não tem resposta **jurídica** ao que foi dito tanto lá, naquele precedente, como o que está sendo dito cá, neste presente julgamento.

Outra questão levantada foi o problema da *Internet*, de que seu uso configura documento novo, de que foram trazidos documentos aos autos que são desconhecidos das partes, que não foram dados ao contraditório. Ora, Sr. Presidente, a *Internet* hoje é *locus* de domínio público, instrumento de





LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

pesquisa e estudo, como são os livros em geral, que no máximo precisam ser adquiridos para consulta, e se a tese sustentada adquirir foros de seriedade, verdade e validade, então, certamente, eminente Presidente, não poderemos mais citar jurisprudência nos nossos julgamentos, porque elas são tiradas da *Internet* e, nessas circunstâncias, seriam documentos novos que não teriam sido submetidos ao contraditório!

Pois, eminente Presidente, eminente Colega Des. Nereu, eu, pelo menos, até para poder vencer a incrível quantidade de processos, confesso aqui, publicamente, que, quando preciso consultar a jurisprudência – e o faço constantemente para fundamentar meus julgamentos, o que pode ser visto por quem se der ao trabalho de ler meus votos – não abro um livro de jurisprudência, porque não é preciso, pois os meus “livros” de jurisprudência são, entre outros, as páginas do nosso Tribunal de Justiça do Estado, do STJ e do STF, inclusive no que respeita ao inteiro teor dos acórdãos.

A jurisprudência, assim, está na *Intranet* e na *Internet* do nosso Tribunal, está na *Internet* do Superior Tribunal de Justiça e está na *Internet* do Supremo Tribunal Federal.

Pois eu colhi as lições e os dados do voto anterior (Apelação Cível nº 70000144626, precedente referido) no *site* [www.inca.gov.br](http://www.inca.gov.br), que é o *site* do Instituto Nacional do Câncer, *site* oficial do Governo Federal, um órgão vinculado ao Ministério da Saúde, que coordena a política sobre a questão das doenças do cigarro no Brasil. Portanto, é como se fosse um livro acessível gratuitamente a quem quer que tenha algum interesse de estudar e analisar a questão. Se alguém não consegue acessar o *site*, ou se alguém não consegue acessar ou comprar um livro que nós eventualmente viermos a citar aqui, nem por isso esse livro deixa de ser algo do conhecimento público para se tornar documento novo não submetido ao contraditório.



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

Como eu disse, eminente Presidente, talvez uma das poucas virtudes que eu tenha como magistrado é ser trabalhador. Por isso, não raro, vez por outra, encontro um *site* na *Internet*, ou um livro, ou uma jurisprudência, que possam trazer fundamentos para reforçar ou, quem sabe, dar alguma autoridade intelectual aos meus votos e julgamentos. É isso que eu faço; humildemente, Sr. Presidente, é assim que procedo e, por isso, não aceito que se diga que aqui se julga em tese e que aqui não se examinam os fatos; ou se diga que aqui se julga ideologicamente, no sentido pejorativo do termo.

Aliás, no julgamento anterior (Apelação Cível nº 70000144626) e apenas para um pequeno exemplo, é porque se examinaram os fatos que uma das empresas foi declarada parte ilegítima. Não fora assim, a lógica dessa argumentação que se pretende impingir seria de que aquela empresa, então, deveria ter sido condenada ou, então, absolvida por fundamentos outros, mas não declarada ilegítima em função dos fatos que lá constavam naquele processo.

Dito isso, Sr. Presidente, peço escusas a V. Exa. e também aos presentes, que nos prestigiam com sua atenção, pela extensão e até pela veemência das minhas colocações, mas temos de fundamentar sempre nossas decisões, porque isso é imposição legal e constitucional, e porque não podemos calar, porque quem cala consente, e fundamentalmente porque o que aqui fazemos é algo por demais sério.

Também não se venha dizer que o que se faz aqui é algo ideológico e dizer que, por exemplo, não é ideológica a propaganda que se faz do cigarro. Para não dizer que o problema é só do cigarro, como mencionado no outro julgamento, também a bebida alcoólica, na medida em que passa sempre a idéia de alguma coisa ligada ao sucesso, à beleza, etc.

Aliás, num debate jurídico, quando não se tem resposta para a argumentação jurídica contrária, procura-se desqualificar o debate, dizendo



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

que é ideológico. Como antes demonstrei, não trato as questões jurídicas de forma ideológica. O faço cientificamente e, nos limites da condição humana, com muito estudo, Sr. Presidente.

Entendo, eminente Presidente, como V. Exa., que o nexo causal está demonstrado neste caso, especialmente, pelo atestado médico da fl. 77, assim como, também, pelos depoimentos das testemunhas. Tenho que não há dúvida de que a doença e a morte da vítima Luiz Vilmar decorreu do vício de fumar cigarros fabricados pela demandada.

Quero referir o depoimento da médica, à fl. 1.283, para não ficar julgando em tese. Pergunta o Juiz, naquela ocasião, sobre a vítima Luiz Vilmar: “E essa criatura, a senhora não recorda?”. Responde a médica: “Eu não recordo. A gente atendia 14 pacientes por dia”. E o Juiz pergunta: “Qual era a média, entre fumantes, do pessoal portador de câncer de pulmão?”. Ela responde: “A maioria dos pacientes que têm câncer de pulmão são tabagistas”. Está aqui escrito. Depois, conforme vai andando o depoimento, a médica vai mudando, mas, na espontaneidade do depoimento – e é isso que me interessa – não tenho a menor dúvida quanto ao nexo causal.

Aqui, como V. Exa. muito bem referiu Sr. Presidente, ingressam as regras da experiência comum daquilo que normalmente acontece (CPC, art. 335) e da teoria da concausalidade, temas que V. Exa. com muito brilhantismo muito bem desenvolveu em seu voto.

Além disso, se se quisesse discutir efetivamente o nexo causal aqui, impunha-se a feitura de outras provas que cabiam à demandada fazer (art. 333, II, do CPC), e não aos autores.

Tenho, também, Sr. Presidente, que está caracterizada a culpa.

Ao tratar da chamada omissão na ação, que é aquela situação que pertine a estes autos, Cunha Gonçalves, em seu Tratado de Direito Civil (Volume XII, Tomo II, Ed. Max Limonad, 1957, p. 527), pontifica que tal não é



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

propriamente uma abstenção, mas, sim, negligência, pois consiste em qualquer pessoa, ao exercer determinada atividade, não tomar todas as precauções necessárias para não causar prejuízo a outrem.

Portanto, tendo a indústria, a ré em particular, fabricado e comercializado o cigarro, com pleno conhecimento e consciência dos malefícios que o produto de sua fabricação causa à saúde de fumantes e de não-fumantes – situação que inclusive se percebe pelo depoimento do engenheiro químico da ré, constante do processo, e que V. Exa., Sr. Presidente, muito bem destacou em seu voto – inclusive dependência química, não há dúvida de que, quem fabricou e comercializou o produto, criou, conscientemente, o risco do resultado, razão pela qual tinha e tem obrigação de impedi-lo. Omitindo-se, flagrantemente, nesse mister, não há dúvida de que está caracterizada a culpa por omissão e, no caso, pelo resultado morte da vítima Luiz Vilmar. É a situação caracterizada de omissão na ação a que se aludiu.

Ora, não há dúvida de que a atividade da ré é lícita, mas também não há dúvida de que ela, assim como toda a indústria do cigarro, sempre soube, sempre teve plena consciência, desde o princípio, há muitos anos, de que o cigarro vicia e causa câncer. Isso se lê no *site* <http://www.inca.gov.br/tabagismo/atento/index.html>.

Desse modo, não só a ré sempre criou o perigo, como também sempre omitiu eventuais precauções com relação ao prejuízo a fumantes e não-fumantes. Aliás, quanto aos não-fumantes especialmente, porque a fumaça que os atinge, no mais das vezes, sequer passou pelo filtro ou piteira do cigarro. E a omissão sempre foi deliberada, consciente, chegando, como já referido em outra oportunidade, naquele voto do precedente referido, e como revelaram os arquivos secretos que estão no *site* a que já fiz alusão, aos lindes do dolo, porque tudo era do pleno conhecimento da demandada.



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

Este *site* do Instituto Nacional do Câncer, como havia dito, é vinculado ao Ministério da Saúde e é responsável pela coordenação política do controle do câncer e doenças relacionadas ao tabagismo no Brasil. Portanto, manifestação oficial, acessível a quem quer que seja e que tenha algum interesse científico, pelo menos, sobre o assunto.

É verdade que não se pode dizer que havia dolo na causação ou objetivação do prejuízo ao fumante, de modo que aí se vê apenas culpa, mas não se pode deixar de reconhecer que, na omissão quanto a evitar e prevenir a dependência química e psíquica, e nos demais malefícios do cigarro, está caracterizada a situação que chega aos limites do dolo, precisamente pela ocultação desses fatos e pela estratégia de propaganda que sempre passou a mensagem omissa, enganosa, massificante, cooptante e aliciante.

Não há dúvida de que a ré sempre foi criadora do perigo e do risco causados pelo uso do fumo. Sempre soube e teve consciência dos malefícios e da dependência causada pelo cigarro e sempre omitiu qualquer informação ou ação no sentido de minimizar tais malefícios e prejuízos, advindos tanto para o público consumidor quanto para o público não consumidor. Foi necessário um verdadeiro clamor público mundial para que as empresas tivessem desnudadas toda essa negligência, omissão ou hipocrisia em nome da ganância.

E só aí é que veio o Poder Público, então, a fazer as advertências, hoje tão conhecidas, nos maços de cigarro e nas próprias propagandas ou após a veiculação da propaganda.

Quero registrar que o lucro como qualquer ganho obtido de forma ética, honesta e legal não deve jamais ser repreendido.

A questão, todavia, torna-se de todo problemática e beira as fronteiras do ilícito quando, para a obtenção do lucro, às vezes, desmedido, causa-se mal às pessoas com a agravante de que o causador do mal tem o



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

conhecimento e a consciência da causação desse mal e, ainda, mediante estratégias e propagandas, vende ou associa ao produto uma imagem de sucesso, beleza, vigor, riqueza, saúde, entre outras tantas vantagens, sustentando-se, de forma enganosa e hipócrita, uma situação fática absolutamente falsa e violando-se, assim, o superior princípio do *neminem laedere*.

Assim, pelo que se acabou de analisar, o problema, na verdade, não é a licitude, ou não, da atividade de fabricação e comercialização de cigarros, e nem a opção livre de consumo pelos adquirentes, mais recentemente com as advertências, inclusive dos malefícios, promovidas e determinadas pelo Governo. Opção que, na verdade, sequer é livre, no caso do cigarro, nem mesmo com relação aos primeiros cigarros e tragadas, pois sempre há, e sempre houve, a já referida propaganda apelativa, especialmente em relação aos jovens, além da irretorquível desgraça da realidade do vício decorrente da dependência química e psíquica.

Situação semelhante, e até idêntica, é também a da fabricação e comercialização, *v. g.*, de bebidas alcoólicas, que também são legais e lícitas e há liberdade de consumir – assim como ocorre aqui com o cigarro – mas em época mais recente também com as advertências sobre os males do consumo de álcool.

Basta atentar-se para a propaganda das cervejas em geral – lindas mulheres, esporte, praia, saúde, vigor – quando se sabe que principalmente as atrizes que participam da propaganda só têm aquelas formas esculturais exatamente porque não consomem o produto do qual fazem a publicidade. Mas a fabricação e a comercialização de bebidas alcoólicas é atividade lícita.

Assim também, de maneira análoga, ocorre com a fabricação e a comercialização de medicamentos em geral, que também é legal e lícita, e



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

até necessária, sendo também livre o consumo, havendo apenas a indicação da receita médica – isso no Brasil nem sempre, porque aqui como é sabido consome-se muita medicação sem receita médica. Mas ao paciente, seja como for, sempre há a opção livre de consumir, ou não, a medicação, com as advertências sobre o uso sem receita e sobre o uso de determinados medicamentos com tarjas vermelha, preta, etc.

O mesmo pode-se dizer dos herbicidas, inseticidas, utilizados na agricultura.

Todos esses exemplos são de atividades lícitas.

Poderia lembrar aqui, ainda na linha dos medicamentos, a questão da talidomida, que enormes desgraças causou a tantos irmãos brasileiros. Mas para demandar as questões da talidomida, as notícias que se têm é de que as pessoas têm ido aos Estados Unidos da América. Talvez por insuficiência do ordenamento jurídico brasileiro, ou quem sabe por insuficiência dos seus juízes, porque somos nós que enxergamos o sistema a que antes me referi, somos nós que enxergamos o Direito, e ele será insuficiente na medida em que for insuficiente a mente do intérprete e do aplicador.

As situações similares poderiam ser multiplicadas, e, certamente, em nenhuma delas, em caso de males ou prejuízos causados aos usuários, o fato de **ser lícita** a atividade, de **ser livre** o consumo ou a aquisição, evitará a responsabilidade de fabricantes e comerciantes pelos males e prejuízos decorrentes de tais produtos.

Em nosso Estado já se produz a chamada soja transgênica. Foi legalizada provisoriamente. Discute-se agora no Congresso a legalização dos produtos transgênicos.

Na verdade, esses produtos são uma realidade do progresso, e o progresso não pode ser parado. Bom seria que os transgênicos fossem legalizados e que sua produção fosse aumentada a ponto de matar a fome do



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

mundo e matar a fome, em particular, deste nosso País, que é justamente uma das piores chagas que nos aflige, e há uma incapacidade do Estado e do sistema em resolver.

Em tais circunstâncias, uma vez legalizados os produtos alimentícios transgênicos – e tudo indica que serão legalizados, como situação imperiosa do mundo atual – estes serão lícitos e usados por todos, voluntariamente, assim como consumimos aqui, por exemplo, o frango. Ninguém nega, ninguém ignora que a atividade da avicultura, para ser produtiva, é imprescindível que o animal cresça rapidamente, digamos, em um mês. Até se diz no senso comum: é puro hormônio.

Lembro que, quando eu era magistrado na Comarca de Uruguaiana, eu apreciava muito a carne *vacum* argentina, porque aquela carne era superior à brasileira porque continha hormônios, coisa que a nossa, a brasileira, até então não continha, e por isso a carne argentina era melhor e de maior qualidade.

Mas tudo isso que foi referido, é legal, é legítimo, é lícito – e me perdoem, Sr. Presidente e eminente Des. Nereu, pela insistência – mas, se fizer mal ou matar, quem plantou o transgênico, quem criou um animal daquela forma, quem fabricou a medicação, a bebida, o cigarro, certamente, há de responder pelas conseqüências e pela indenização.

Por isso digo que, se alguém vier a adoecer ou vier a morrer, por exemplo, se um de nós viesse a ter um filho morto por um mal causado por um produto alimentício transgênico, ou até por um brinquedo que contenha material tóxico – muitas vezes o próprio fabricante pode até ignorar que o material contido no brinquedo é tóxico – em tais circunstâncias, certamente nenhum de nós aqui afirmaria que não há responsabilidade do fabricante ou de quem comercializa. Essa é a questão.





LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

Portanto, a licitude e a voluntariedade do consumo ou do uso, no nosso modesto ponto de vista e na nossa modesta convicção, são irrelevantes.

A questão é outra: é o risco criado por uma conduta anterior e a decorrente a omissão para não impedir os resultados de prejuízos ao público consumidor.

Já prelecionava Silvio Rodrigues, na sua obra (*in* Direito Civil – Responsabilidade Civil, Ed. Saraiva, 17ª ed., 1999, vol. 4, p. 20), que “... a *responsabilidade pode emergir de um ato ou **omissão** do agente que represente infração a um dever social. **É possível que a atitude do agente não seja ostensivamente contra a lei, mas contra seu espírito. São os atos praticados com abuso de direito.**” (Grifos e sublinhados acrescentados).*

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

Concordo que ninguém – pelo menos quem quer vender um produto, como o cigarro – vai fazer propaganda dos aleijados, de um canceroso com o cigarro na boca, e que o Código de Defesa do Consumidor não pode eliminar todos os riscos. Isso nem a ciência pode. Pois é exatamente por isto que entendo que a responsabilidade tem que existir: porque é lícito, porque é uma atividade normal da vida econômica e da sociedade massificada, é que alguém que fabrica e comercializa tem que responder pelos riscos e suas conseqüências. Essa é uma exigência da multifariedade cambiante da vida moderna em sociedade, como falava o Des. Nereu há pouco em seu voto no



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

juízo de julgamento que a este precedeu sobre o mesmo assunto (Apelação Cível nº 70006964365), em que se desconstituiu a sentença de primeiro grau.

Assim, Sr. Presidente, se uma empresa fabrica e comercializa um produto que, além de viciar ainda mata por câncer e outras doenças, desimporta se a 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 de tal uso, ainda que o uso fosse completamente voluntário e não houvesse dependência e o ardiloso apelo publicitário, sendo uma dessas conseqüências certamente a mais trágica, a morte, não pode restar dúvidas sobre a evidente responsabilidade do fabricante de arcar com a indenização correspondente.

Por tudo que foi exposto, tenho que, definitivamente, não é pelo fato de uma atividade ou produto serem considerados lícitos pelas leis do Estado que os cidadãos consumidores, que forem vítimas de malefícios ou prejuízos causados por tal atividade ou produto, devam ficar desamparados juridicamente, e nem tampouco esse fato da licitude da atividade do produto torna os promotores da atividade ou produtores do bem isentos de responsabilidade.

É verdade que, se se entender que a ordem jurídica – aquele sistema de que eu falava – permite que alguém fabrique e coloque no mercado um produto que mata, e que esse alguém não tem nenhuma responsabilidade pela morte ou outros males causados às pessoas, então a conclusão há ser que a demandada não deve ser condenada no caso destes autos.

Todavia, Sr. Presidente, se entendermos que o Direito é um sistema, que a ordem jurídica é um sistema e que não se esgota na simples letra fria da lei posta pelo Estado – aliás, a lei é a cristalização do Direito, a jurisprudência é a sua experiência viva, humana, presente; justiça, em última



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

instância –; se se entender que além da lei existem, como referi, os princípios gerais de Direito; se se entender que a ordem jurídica, os princípio gerais do Direito, assim como os valores superiores da justiça e da humanidade não convivem com a iniquidade, especialmente quando a vontade é anulada pela dependência química e psíquica, e que ninguém pode fabricar e colocar no mercado um produto que causa doença e morte sem que por isso seja responsabilizado, então não há como se deixar de concluir que o fabricante e o comerciante de tal produto têm efetiva e completa responsabilidade pelos danos e conseqüências maléficas causadas pelo produto. Responsabilidade essa reforçada, no caso particular, especialmente por outro elemento, que é a altíssima lucratividade como característica peculiar da atividade.

Assim, penso que, mesmo que a atividade seja lícita e, mesmo que o consumo seja voluntário – com ou sem a conivência do Estado, não importa – o fato inegável é que ninguém tem direito de, impunemente, causar doença ou matar seu semelhante e ainda ter altos lucros sem que por isso tenha qualquer responsabilidade. Nem se alegue que há culpa exclusiva ou concorrente da vítima. Evidentemente, diante da propaganda a que me referi e da dependência química e psíquica, não há lugar para a alegação de culpa da vítima.

Por último, também não há como negar o princípio da boa-fé objetiva, que sempre existiu no Direito Civil brasileiro e que sempre foi ignorado nesses casos como os dos presentes autos. Sobre a existência desde sempre desse princípio no Direito brasileiro, assim lecionava o saudoso mestre Clóvis do Couto e Silva (in Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português, vários autores, Ed. Rev. dos Tribunais, 1980, p. 6/12):

***“A inexistência, no Código Civil, de artigo como o § 242 do BGB, que consagra o princípio da boa-fé objetiva no direito alemão, não obsta a sua vigência***



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

***em nosso direito das obrigações, 'pois se trata de proposição jurídica com significado de regra de conduta' (Couto e Silva, ob. cit. p. 30) e 'sua aplicação pode ser o resultado de necessidades éticas essenciais ainda quando faltem disposição legislativa expressa.'"***

Portanto, a ré sempre violou o princípio da boa-fé objetiva, o que também induz sem sombra de dúvida a sua responsabilização.

Embora o uso do fumo, o vício, tenha sido adquirido em longínqua época, a doença da vítima foi agora, e a morte foi agora, em 15/10/1998, se não me falha a memória. Por isso entendo, como V. Exa. que se aplicam ao caso tanto o Código Civil de 1916 como o Código do Consumidor.

Também entendo, Sr. Presidente, como V. Exa., que os danos materiais não restaram comprovados e o estou acompanhando no atinente à quantificação do dano moral, o qual tenho como prudente e suficiente para atender o caráter reparatório-compensatório e sancionatório-punitivo, que é da essência e da natureza das indenizações por dano moral.

Assim, Sr. Presidente, por esses fundamentos e com essas considerações, na linha do voto que anteriormente prolatei sobre esse tema (Apelação Cível nº 70000144626), rogando vênias mais uma vez a V. Exa. pelo atrevimento, diante do brilhantismo costumeiro de suas manifestações, é que tenho como caracterizada a culpa da demandada e a responsabilidade pela decorrente indenização, como bem concluiu V. Exa., razão pela qual não tenho dúvida em acompanhá-lo, subscrevendo integralmente seu minucioso e culto voto.



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

**DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI** – Inicialmente cumprimento V. Exa. e o Des. Cassiano pelos brilhantes votos proferidos.

Entendo pertinentes as observações a respeito do conhecimento privado do Juiz. Recordo-me do jurista alemão Stein, cuja obra Conhecimento Privado do Juiz, uma das principais, está traduzida para o espanhol por Andres de la Oliva Santos, catedrático titular de Direito Processual da Universidade Complutense de Madri e responsável pelo delineamento do primeiro Código de Processo Civil, após o ano 2000, da Europa.

Pertinente também esta distinção que é feita, e que a doutrina brasileira como regra confunde, o poder discricionário do Juiz com conceito jurídico indeterminado, salvo algumas exceções. Pertinentes colocações no voto também sobre essa perspectiva principiológica, na esteira de Dworkin e Alexi, também no ensinamento de Larens, que vou trabalhar um pouco mais.

A respeito dos transgênicos, por exemplo, nos últimos dias, um Colega de Santa Catarina determinou a retirada do mercado de determinados produtos transgênicos, porque não continham a informação que eram transgênicos.

Além dessa preocupação com os transgênicos, fatalmente também advirá o problema dos fabricantes de armas, que teremos que enfrentar. São os novos desafios do Direito, ou os novos direitos, que devem ser enfrentados numa outra perspectiva.

Na esteira do voto proferido pelo eminente Desembargador Relator e do entendimento proferido pelo Desembargador Revisor nestes autos e no precedente jurisprudencial de sua lavra – também citado neste aresto -, estou em fixar a obrigação indenizatória da empresa apelada.



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

Ultrapassada a questão do nexa causal, dos malefícios advindos do consumo do cigarro, conforme já exposto no voto anteriormente proferido, que veio devidamente calcado em vários trabalhos técnicos sobre os quais existe presunção de veracidade, sendo que dita questão sequer é negada pela parte demandada – constituindo questão incontroversa – e por se tratar de matéria sobre a qual pesa notoriedade, acompanho os votos dos colegas que já votaram no que tange ao exame da matéria, pois suficientes os esclarecimentos anteriormente proferidos. Assim, tenho como demonstrado o fato ilícito, o nexa causal e os danos.

O meu voto busca o bem estar jurídico, o qual já não se satisfaz com a validade tradicional da resposta que o poder judiciário há de dar à comunidade, ou seja, já não mais admite uma explicação conceitual normativa abstrata, mas sim uma decisão comprometida com uma validade pós-tradicional, quer dizer, a partir dos princípios, os quais estão expostos à argumentação hermenêutica racional, do ponto de vista prático ou Kantiano, ou seja, socialmente comprometido (HABERMAS).

Nessa perspectiva, mira-se um paradigma emergente que, para PRIGOGINE, é o da nova aliança e da metamorfose da ciência; da nova física ou do taoísmo da física no fazer de CAPRA; das mudanças de segundo tipo para WIGNER; da auto-organização para JANTSCH, da sociedade pós-industrial para BELL e da sociedade comunicativa para HABERMAS. O paradigma emergente para BOAVENTURA SANTOS, é o de um conhecimento prudente para uma vida decente do ponto de vista social (*Um Discurso sobre as Ciências*). Inadmissível, na atual complexidade das relações sociais, o paradigma Cartesiano, inclusive na busca da melhor resposta às demandas judiciais.



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

A decisão socialmente comprometida mergulha na complexidade da atual sociedade de risco, a qual funciona como um sistema aberto, aberta à argumentação racional ilimitada. Isto porque não há mais uma lei, quer dizer, a natural. Nesta sociedade pluralista e de risco, o homem "tem que atuar impetuosamente sobre o mundo, sem poder dispor sempre de antemão de normas seguras ou remeter a um conceito fixo da natureza quando sua ação é correta, isto é, tem que atuar com risco. Insofismavelmente, em épocas primitivas também existiam constelações nas quais o homem tinha que tomar decisões arriscadas, mas estas não eram típicas daquele momento, ao contrário do que ocorre na sociedade atual" (KAUFFMANN, *Filosofía del Derecho*, Bogotá, 1999, págs. 528 e 529).

Como o homem há de comportar-se em uma sociedade de risco?, indaga KAUFFMANN (ob. cit., p. 530). Acentua que BIRGIT KLEINWELLFONDER assevera que os riscos não são nenhuma enfermidade que tenha que ser evitada. Ao contrário, nos riscos é que se encontram oportunidades, embora não se trate de expor-se a todo risco. Enfatiza KAUFFMANN (ob. cit. p. 532) que numa decisão de risco nem sempre se trata da vida ou da morte.

Para poder atuar neste mundo caracterizado pelo alto grau de complexidade social, "o homem tem que formar opiniões sobre determinados estados de coisas - **como o de fumar ou não fumar, de parar de fumar ou de continuar fumando** (o destaque é meu), sem que antes de atuar possa estar convencido da correção desses critérios. Posto que a sociedade complexa é aberta, há alí pontos de orientação, mas não sistemas de normas fechados nos quais se possa ler a forma de comportamento. Hodiernamente não é possível abarcar a quantidade de critérios de decisão, assim como tampouco a classe de seus efeitos recíprocos. Aquele que não consegue formar nenhuma opinião, devido à complexidade e à abertura de relações, não



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

poderia avançar neste mundo e limitaria sua ação ao estreito círculo de seu âmbito pessoal. Quando se quer atuar de acordo com as situações não é possível esquivar o problema das antecipações de riscos, como as denomina NIKLAS LUHMANN. Em sociedades altamente desenvolvidas e complexas, **ninguém pode atuar responsabilmente sem correr o perigo de haver apreciado falsamente a situação** (destaque feito por mim). Vivemos agora num mundo de risco, já presentido por FRIEDRICH NIETZSCHE. Por isso, é completamente impossível sentar um princípio de conteúdo que ordene a omissão no caso de formas de condutas arriscadas não claramente valoráveis por antecipação (KAUFFMANN, ob. cit. p. 541).

É LARENZ que põe luz na pretensa nebulosidade do afastamento da pretensão posta nos autos. Assevera que, inclusive, em decorrência do aumento das possibilidades de dano, bem como do alcance destes, em muitos casos nem sequer se faria necessário perquirir da culpa, em face do risco criado. Por isso é que, àquele que se vê afetado por um dano se concede a indenização compensatória porque está exposto aos perigos derivados das mercadorias geradoras dos danos, sem que se possa proteger de antemão o afetado. Acrescenta que se fala em responsabilidade por risco e se considera decisivo nele o especial perigo que deriva de uma determinada empresa, de suas instalações ou de suas mercadorias. O princípio subjacente é o da imputação de um determinado risco de dano a quem o criou, ainda que o tenha feito com autorização (*Derecho Justo*, Civitas, Madri, 1995, págs. 119 e 120).

Tudo isso é pertinente, em face do objeto do processo, informado pela pretensão e pela resistência processual.

A tese defensiva veio calcada – dentre outras – na licitude do desenvolvimento da atividade comercial de produção e venda de cigarros, na inexistência de vedação de inserção no mercado consumidor de produto que gere risco ao consumidor e na autonomia da vontade do *de cuius*, a quem não





LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

se impôs a obrigação de consumir o produto, sendo sua responsabilidade exclusiva o evento danoso que ensejou seu falecimento.

Primeiramente, é preciso que se diga que o desenvolvimento de atividade lícita – como é o caso dos autos - pois há a chancela e incentivo do poder público na produção e comercialização do cigarro -, não afasta, *de per si*, a obrigação indenizatória, quando presentes os demais elementos integrantes da responsabilidade civil. Este é o entendimento defendido por RUI STOCO (*in Responsabilidade Civil pela Prática de Atos Lícitos*, RT/Fasc. Civ. V. 731, p. 86/88), *verbis*:

*Como nossa legislação codificada e extravagante prevê hipóteses de responsabilização do agente segundo a teoria da culpa e com fundamento na teoria objetiva, nosso entendimento é no sentido da convivência das duas teorias: a culpa exprimiria a noção básica e o princípio geral definidor da responsabilidade, aplicando-se a doutrina do risco nos casos especialmente previstos, ou quando a lesão provém de situação criada por quem explora profissão ou atividade que expôs o lesado ao risco do dano que sofreu.*

A propósito do tema, oportuna a transcrição do entendimento de GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA (*in* RUI STOCO (art. cit. p. 86), *verbis*:

*“La obligación de compensar que surge como respuesta del ordenamiento jurídico al ejercicio de una actividad lícita que causa un daño, se caracteriza por desempeñar una función consistente en lograr un equilibrio que modere o neutralice el posible incremento de un patrimonio em perjuicio de outro. Al tutelarse tanto el ejercicio del derecho como la situación del perjudicado, se busca que, em definitiva, ninguno de ambos patrimonios resulte menoscabado.*

...



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

*Como resulta de lo expuesto, la obligación de compensar que las normas permisivas imponem ante ciertos daños causados por conductas lícitas, no cumple una función sancionatoria, ni supone una situación de garantía, sino que trata de imponer un equilibrio entre intereses contrapuestos tutelados por el Derecho.”.*

A questão, então, foge apenas da licitude da conduta e reside na *expectativa social* que deflui daqueles que compartilham a ordem jurídica, social e política de um estado de direito.

A norma, pois, para o fim de manter sua função efetiva frente aos comportamentos, há de ser observada nas relações sociais, sob pena da quebra da confiança dos cidadãos na efetividade do sistema.

BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ (*Imputación Objetiva ...*, Grijley, Lima, 2002, p. 281-289, p. 284) elucida que “de acordo com este ponto de partida normativo, os contatos sociais e a convivência se baseiam na necessidade de que o ordenamento garanta ou estabilize certas expectativas ou regras de comportamento que permitam saber, em uma determinada situação, o que pode esperar-se dos outros participantes no sistema social e o que esperam eles de nós. Uma estandarização mínima faz com que os sujeitos não se encontrem a mercê de impressões momentâneas, instintos ou satisfações particulares de outros sujeitos”.

Com efeito, estimo que houve descumprimento de obrigação originária da empresa demandada, defraudando expectativa social, quando desenvolveu suas atividades sonegando o dever secundário de informação e, conseqüentemente, ferindo o princípio basilar da boa-fé objetiva, pois sempre soube da nocividade decorrente do consumo do cigarro e, por omissão da informação, decorreu em ilícito que enseja o dever de indenizar.



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

Então, com acerto FEIJÓO SÁNCHEZ (ob. cit. p. 284) quando condiciona as possibilidades de contato social à confiança que os cidadãos depositam nas normas, em observância à função do direito: potencializar o horizonte pessoal dos integrantes do sistema social. Diz expressamente: El derecho tiene como función potenciar el horizonte personal de los integrantes del sistema social. Las posibilidades de contacto están en relación directa con la confianza que los ciudadanos depositen en las normas.

Houve na conduta da ré, pois, ofensa aos princípios da confiança e lealdade, aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, à norma de responsabilidade inserta no Código Civil de 1916 e aos princípios gerais de direito – aí inserta a boa-fé objetiva, já erigida a esta condição pela doutrina e jurisprudências pátrias.

O princípio da confiança é tido por LARENZ como um princípio do Direito Justo (op. cit.).

É de se referir que, especificamente no caso dos autos, o falecido fumou durante trinta anos, com início do processo de tabagismo aos doze anos de idade. Durante todo este período, foi literalmente assediado por propagandas e investimentos de marketing efetivados pela demandada na tentativa de incitar o consumidor ao tabagismo, sem que fossem informados, sequer minimamente, os danos advindos do consumo do tabaco.

Apenas recentemente o Governo Federal, por intermédio do Ministério da Saúde, passou a regulamentar a questão, adotando algumas medidas preventivas e coibitivas do hábito de fumar, tais como a proibição das propagandas televisivas, a vedação dos patrocínios às atividades desportivas e fazendo inserir nos maços de cigarro a informação de que seu consumo causa males à saúde, tais como câncer, leucemia, impotência, doenças cardíacas, dentre tantas outras.



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

Então, durante muitos anos os consumidores foram seduzidos pelas campanhas publicitárias entabuladas pela indústria de cigarros, onde não lhes eram informadas as conseqüências danosas que poderiam advir à sua saúde.

Em assim agindo, conforme já salientei, a ré não observou os standards de conduta que devem nortear as relações inter-partes: a boa-fé, lealdade e o princípio da confiança.

A confiança resta quebrada, inclusive, porque em uma vida social dinâmica como a atual, os contatos anônimos que ensejam obrigações, como as que ora se analisam, são absolutamente freqüentes, podendo-se dispor de poucos mecanismos diversos dos legais para a salvaguarda dos interesses jurídicos individuais, sendo mister a observância das normas do sistema e das orientações principiológicas fundamentais para a manutenção do ordenamento e da própria vida em sociedade, sob pena dos contatos sociais passarem a representar riscos incalculáveis aos direitos individuais, ensejando uma profunda alteração da vida social como a concebemos hoje.

Tem-se por correto o entendimento de que o exercício de direitos deve balizar-se pela observância da boa-fé objetiva que, já na legislação e doutrina alemã do início do século passado, vinha normatizada no artigo 242 do BGB, entabulando-se a boa-fé como princípio supremo e absoluto que domina todo o direito das obrigações e todas as relações obrigacionais, em todos os seus aspectos e em todo o seu conteúdo.

A inserção do referido princípio no ordenamento jurídico brasileiro foi explanada no voto proferido pelo Desembargador Relator, restando incontroversa a aplicação deste standard ao caso em comento.

Então, tem-se a boa-fé como cláusula geral inserta no sistema para possibilitar a mobilidade deste frente à dinâmica das relações sociais e impondo aos sujeitos de uma relação que se conduzam de forma honesta, leal



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

e correta. Nesse contexto, no dizer de MARIA CRISTINA CERESER PEZZELLA (in "O Princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro", *Estudos Jurídicos* vol. 30, n. 78, 1997, p. 47-76) é "válvula de escape que permite adaptação eqüitativa do Direito à realidade".

Então, assim como nas ciências naturais se persegue estabelecer pautas de orientação com respeito à natureza, o direito tem como função estabelecer pautas de orientação com respeito aos outros integrantes do sistema social. Esta pauta restou defraudada pela demandada, que não observou norma geral do sistema no exercício de suas atividades, que restaram por ser abusivas por ausência de boa-fé.

No dizer de RUI ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*, Rio de Janeiro Aide, 1991, p. 239), tem-se por boa-fé aquela que, *verbis*:

*...se constitui em uma norma jurídica, ou melhor, em um princípio geral do direito, segundo o qual todos devem comportar-se de boa fé nas suas relações recíprocas. A inter-relação humana deve pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável para o próprio desenvolvimento normal da convivência social. A expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indissociável da vida de relação, sem o qual ela mesma seria inviável. Isso significa que as pessoas devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações (diligência in contrahendo); e que devem também se comportar lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas entre eles. Este dever de comportar-se segundo a boa-fé se projeta a sua vez nas direções em que se diversificam todas as relações jurídicas: direitos e deveres. Os direitos devem exercitar-se de boa-fé; as obrigações têm de cumprir-se de boa-fé.*



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

Então, lastreado no princípio da boa-fé – critério de reciprocidade -, advém o dever secundário especial de informar ou notificar o consumidor sobre algo que lhe interesse para a conservação de seus direitos, especialmente, no caso dos autos, o direito constitucional à saúde. Sua inobservância configura o dever de indenizar.

Observando-se esse entendimento, configura-se como uso do direito em direção ilegítima a sonegação da informação ao consumidor dos malefícios do cigarro, pois era dever das indústrias tabagistas informar – com a mesma ênfase que se dedicavam a incitar ao consumo – todos os malefícios que poderiam advir do cigarro, inclusive da condição de dependência a que estariam submetidos os consumidores caso aderissem ao hábito de fumar.

Então, efetivamente assiste razão à demandada quando afirma que não lhe advém responsabilidade pela simples colocação no mercado de produto que gere risco ao consumidor. A responsabilidade advém de não informar a existência do risco, omitindo informação essencial para o desenvolvimento adequado da relação de consumo.

A defraudação da expectativa social da observância do standard da boa-fé, em razão da omissão em informar, vem corroborada no dizer de LUHMANN (*Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie*, 71, p. 31, in *Imputación Objetiva...*, Instituto Peruano ..., 2002, p. 287) que afirma: “em um mundo que é incontrolável se quer, em princípio, pelo menos estar seguro de quais expectativas são reconhecidas pelo direito e com quais modos de proceder se pode contar no consenso social, ainda que sempre existam pessoas que se comportem de outra maneira”.

Então, por qualquer ótica que se analise a questão exsurge a responsabilização da demandada pois, em omitindo informação essencial ao consumidor, exerceu seu direito de comerciar de forma abusiva.



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

No dizer de MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA (*Direito das obrigações*, (nota 37) p. 58, 59 e 64), “o exercício de um direito deve atentar para o seu fim social e econômico; ultrapassados estes limites, o exercício do direito será abusivo”.

Então, houve deslealdade da demandada frente ao consumidor, pois, sabedora que da queima do cigarro emanam mais de quatro mil compostos e que alguns deles são de comprovada prejudicialidade à saúde, constituindo-se como carcinógenos extremamente potentes, tinha o dever jurídico de informar tal condição ao consumidor para que este, à vista da correta informação acerca do produto que consumia, exercesse validamente seu direito de escolha.

Não há como se fugir do entendimento da quebra dos deveres secundários (*Nebenpflichten*) da relação obrigacional entabulada entre o consumidor e o fabricante do produto, pois tal situação ensejou um relevo jurídico independente ao viciar a manifestação de vontade do consumidor, a quem foram sonegadas informações fundamentais para o seu livre e consciente exercício de manifestação de vontade.

Também vem do direito alemão a definição precisa acerca das obrigações secundárias, na conceituação trazida por GERHARDT KÖBLER e HEINDRUN POHL (*Deutsch-Deutsches Rechtswörterbuc*, München, 1991, in Maria Cristina Cereser Pezzella, art. cit., p. 58, nota 36), onde “a obrigação secundária pode ser uma obrigação de prestação secundária ou obrigação de conduta. As obrigações secundárias não se deixam circunscrever exaustivamente, porém dependem em alto grau das circunstâncias do respectivo caso concreto. Elas são em geral obrigações de confiança, proteção, custódia ou obrigações de esclarecimento e informação”.

Então, a afirmação da demandada de que a culpa pelo evento é exclusiva da vítima, pois a propaganda realizada não teria o condão de



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

propiciar nexos de causalidade entre a conduta de fumar e o marketing que realizou, não vingam.

Ora, a única razão para a realização de investimentos em propaganda e marketing por parte das Indústrias tabagistas é aumentar o número de consumidores e ampliar a área de distribuição do produto, o que representa o sucesso do negócio que empreendem.

Então, a propaganda, por óbvio, tem o condão de convencimento do consumidor, não se podendo afastar o nexo de causalidade entre a atividade de fumar e o incentivo para tanto que é promovido pela empresa demandada e suas concorrentes de mercado.

Aliás, o investimento em marketing sempre foi muito ostensivo, implicando em milhares de dólares destinados a convencer o consumidor que fumar Hollywood, por exemplo, representa “o sucesso”.

Os métodos atuais de marketing vêm fundamentados em estudos psicológicos que sensibilizam o consumidor e acabam por levá-lo à aceitação do produto sem que efetivamente se sopesem as conseqüências daquele consumo, ainda mais quando esta informação vem previamente suprimida do conhecimento do destinatário.

Há quem faça, inclusive, a correta ponderação de que sequer as condições pessoais dos consumidores foram preservadas ou consideradas quando da exposição do produto, pois há consumidores com histórico familiar de problemas cardíacos, *v.g.*, o que significa maior propensão aos efeitos maléficos do consumo do cigarro. O mesmo se diga em relação às demais condições pessoais de cada indivíduo, aí se considerando, inclusive, as nefastas conseqüências advindas para os adolescentes e até mesmo crianças que se vêem fascinados pelo modismo fabricado pelas companhias de cigarro, cujo marco se operou no início da década de setenta, influenciando toda uma geração.





LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

É de KARL LARENZ (*Derecho de las obligaciones*, tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 37 ss) que se tem a compreensão da “obrigação como uma ordem de cooperação, como um processo, que tem por finalidade frisar os aspectos dinâmicos que o conceito de dever revela, visualizando-se a relação obrigacional como algo que se forma e se desenvolve com vistas ao adimplemento e à satisfação dos interesses do credor e que, durante seu percurso no tempo, sofre alteração sem perder a sua identidade de base”.

Mesmo que alguma informação tivesse a vítima dos riscos, não os detinha na integralidade. Ademais, os da demandada eram bem superiores. A autocolocação em perigo, quando há desconhecimento pela carência ou falta de informação destes, não elide o dever reparatório. Hodiernamente se avança na denominada espiritualização dos requisitos do consentimento, quer dizer, não só o mediático, mas o final. No caso em tela, não só de que está em risco, da habitualidade cotidiana, mas do risco final, ou seja, da morte. Evidentemente que a vítima há de suportar os custos do contato social a que se submete, mas sempre que não lhe forem sonegadas informações essenciais, relevantes e determinantes do resultado.

Nessa perspectiva poderíamos incursionar e bem delimitar o que se entende por capacidade volitiva e intelectual. Um situação é conhecer os malefícios e outra, bem diversa, é poder determinar-se conforme esse conhecimento, em face da sonegação de informações essenciais, das informações e da parcialização informativa com vistas ao engrandecimento patrimonial em detrimento de uma vida saudável, em suma, da valorização do ser humano.

Ora, é fato a existência de uma relação obrigacional que vincula a fábrica de cigarros e o consumidor, ensejando a existência do que se conhece por massificação das relações de consumo.



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

O agir da demandada na comercialização de seu produto configura a massificação das relações consumeiristas que, no dizer de LUIS DÍEZ PICAZO (*in Derecho y masificación social*, Civitas, Madrid, 1979, p. 52) ao analisar caso análogo, indica que:

*“esas relaciones masificadas o anónimas que se identificam a través de los tickets tienden a convertirse en relaciones cada vez más automatizadas, pues solo a través de la automación o de la automatización, con la consiguiente pérdida de los factores personales, es posible su desarrollo. De este modo, em rigor hay que dudar si em muchas de ellas se puede hablar de verdaderos contratos o relaciones contractuales. La automatización ha sustituido a la figura tradicional del contrato por lo que algunos autores modernos han llamado las «relaciones contractuales de hecho», pero el problema no es solo de labels o de rótulos, sino que es más profundo. Lo que está en juego es la aplicación misma de todo un sistema normativo”.*

Então, mediante a propaganda direcionada a todas as classes sociais, sexo e idades, sem distinção de qualquer particularidade do consumidor e sem a observância do dever fundamental de informação acerca dos malefícios do uso continuado do cigarro e da dependência química e psíquica que advém de tal consumo, o agir da demandada configura ato ilícito passível de indenização.

Ademais, tal agir omissivo, indubitavelmente, afetou a autonomia da vontade do consumidor, interferindo no seu direito de tomar decisões válidas e de agir de acordo com esse entendimento, pois, mesmo a demandada negando este fato, o consumo do cigarro implica em dependência física e psíquica, além de diversos males à saúde, e tal informação foi subtraída do conhecimento de quem acabou por se tornar tabagista.



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

Então, estimo que haja uma relativização da teoria da autonomia da vontade – no caso dos autos, de aderir ao consumo do cigarro -, frente ao princípio da boa-fé objetiva, funcionando o último como limitador da primeira, constituindo o resultado de necessidades éticas essenciais à preservação e salvaguarda dos direitos de quem se mostra hipossuficiente na relação, evitando-se a prolação de decisões injustas e afastadas da realidade social.

O mesmo se diga em relação à quebra da teoria da confiança (Vertrauenstheorie), que vem compreendida dentro da teoria da declaração, e se vê não observada sempre que a manifestação da vontade vem consubstanciada em suposta boa-fé de terceiro, que, no caso concreto, não existe. Daí a incidência da norma, para salvaguardar o direito posto em risco por conta do agir contrário aos ditames do ordenamento jurídico.

Na doutrina de OTTO (*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, p. 561, in Imputación Objetiva ..., Instituto Peruano de Ciencias Penales, 2002, p. 287) “A confiança original se vê substituída pela confiança no sistema para possibilitar a interação social. Quanto mais anônimos são os contatos, o aumento da desconfiança entre os indivíduos é maior e são necessárias as normas que garantam certas expectativas”.

No dizer de MARIA CRISTINA CERESER PEZZELLA (*in ob. cit*, p. 52), “a proteção à confiança (*Treu und Glauben*) e o preceito da certeza jurídica são partes constitutivas e elementos essenciais do Princípio do Estado de Direito, ambos possuindo índole constitucional e, portanto, servindo de critério normativo, possibilitando-se o crescimento da boa-fé objetiva na interação da teoria da vontade por meio do princípio da proteção à confiança”.

Trata-se de um esforço direcionado à justiça contratual material, limitando-se o exercício dos direitos, a fim de coibir-se os abusos e como corolário lógico da existência e manutenção do sistema jurídico. Então, o controle do comportamento dos participantes da relação é faculdade-poder que



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

se confere ao magistrado em homenagem ao princípio da boa-fé, garantindo-se sua observância.

Então, a indenização é cabível e visa a resguardar o interesse contratual negativo (ou interesse da confiança), repondo o lesado na situação em que estaria se não tivesse aderido ao consumo.

Diante do que se disse é forçoso concluir que o consumidor, por conta do marketing e da sonegação de informações praticadas pela demandada, acreditou que estava aderindo a algo que lhe propiciaria “um raro prazer”, “o sucesso” e por “uma questão de bom senso”, dentre outros jargões utilizados no marketing de várias indústrias de cigarro.

O agir da demandada, pois, feriu as disposições insertas nos artigos 30 (dever de informação para oferta de produtos e serviços), 9º (fornecimento de produtos e serviços potencialmente perigosos), 12 (responsabilidade pelo fato do produto), 14 (responsabilidade pelo fato do produto imputável ao fornecedor de serviços) e 31 (dever de informação clara, precisa, correta e transparente), todos do Código de Defesa do Consumidor, efetivamente aplicáveis ao caso concreto por conta do caráter público da norma em questão e do desenvolvimento da doença e configuração dos danos já na vigência do referido diploma legal.

Então, tenho que presentes os elementos configuradores da responsabilidade civil, pois a omissão da demandada constitui o ato ilícito ensejador da obrigação indenizatória.

No mais, há culpa em seu proceder e, estando o nexo causal demonstrado nos autos – conforme bem salientado no voto do Desembargador Relator, que abordou com a ênfase necessária a instrução probatória realizada, e à evidência dos danos, pois do consumo contínuo do produto comercializado pela ré sobreveio o resultado morte do marido e pai dos autores, evidencia-se a ocorrência de danos morais a serem ressarcidos.



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

Negligenciar tal pretensão, após evidenciar-se a ausência da boa-fé objetiva no agir da demandada – em notória contrariedade com regramento basilar do sistema – implica em minorar o critério reitor da norma, conforme ensina JAKOBS (*in Gefährdung als Straftat*, Frankfurt a. M, 1989, p. 30, in *Imputación Objetiva...*, Instituto Peruano de Ciencias Penales, 2002, p. 288) quando afirma “se a norma não se reconhece como efetiva frente aos comportamentos, se minora seu valor como critério reitor da conduta; se defrauda – ainda que seja só caso a caso – a confiança dos cidadãos no reconhecimento da norma”.

Então, impõe-se a resposta do ordenamento jurídico à defraudação de preceito do sistema, que impõe observância dos deveres secundários de informação, lealdade, confiança e, como sustentação sistemática dos anteriores, da boa-fé.

No que tange à quantificação, entendo que os valores foram fixados com observância dos preceitos aplicáveis para as hipóteses tais como a que ora se analisa.

A dimensão exterior da afetação interior ou psicológica é que estabelecerá o *quantum* indenizatório. Neste interferem o ambiente de interação social dos sujeitos, as particularidades do objeto, os requisitos de atividade, tais como o lugar, o tempo e a forma, bem como os efeitos jurídicos e econômicos.

É consagrado o entendimento de que “*cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral*” (Sérgio Cavalieri Filho, ob., cit., p. 80).

Cumprir analisar, pois, as circunstâncias gerais e específicas do caso em concreto, atentando à gravidade do dano, comportamento do ofensor



LACB  
Nº 70007090798  
2003/CÍVEL

e ofendido, posição econômica de ambas as partes, repercussão do fato e, finalmente, capacidade de absorção por parte da vítima.

No dizer de AGUIAR DIAS “O juiz da ação de responsabilidade civil deve agir de maneira a não permitir que a verba ressarcitória seja convertida em enriquecimento ilícito, nem mesmo em imposição de ônus desarrazoados ao responsável. Dessa maneira, o que se concede à vítima e seus dependentes, há de ser qualificado como razoável e como recuperação da situação anterior ao dano. Pois, a indenização nada mais é que justa reparação do dano sofrido pela vítima” (in *Da responsabilidade Civil*, 9ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, v. II, n.º 233, p. 771).

Então, estou de acordo com Vossas Excelências também no que diz com a quantificação.

Isso posto, Senhor Presidente, estou em acompanhar o voto de Vossas Excelências, para o fim de dar provimento em parte ao apelo.

É o Voto, Senhor Presidente.

Apelação Cível n.º 70007090798, de PORTO ALEGRE – A decisão é a seguinte: **“DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME”**.

Julgador(a) de 1º Grau: AFIF JORGE SIMÕES NETO.