

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E LUCROS CESSANTES. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FUMANTE. PROPAGANDA ENGANOSA. DEFEITO DO PRODUTO. NEXO DE CAUSALIDADE. REJEIÇÃO DA TESE, NO CASO CONCRETO, DA PERICULOSIDADE ÍNSITA DO PRODUTO E DO LIVRE-ARBITRIO DO ATO DE FUMAR. PRELIMINARES REJEITADAS.

Responde objetivamente pelos danos à saúde do fumante a empresa produtora de cigarros, quando, como no caso em tela, resta demonstrada, pela farta prova existente nos autos, a relação de causa e efeito entre o defeito do produto e a doença do consumidor. Hipótese em que o autor fumou por mais de quarenta anos, mas somente veio a receber concludente e definitivo diagnóstico de DPOC (doença pulmonar obstrutiva crônica) em agosto de 1992, fazendo incidir sobre a relação jurídica havida entre as partes as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

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

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

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO.

APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE, POR MAIORIA. DECLARAÇÕES DE VOTO.

APELAÇÃO CÍVEL

SEXTA CÂMARA CÍVEL - REGIME
DE EXCEÇÃO

Nº 70000840264

COMARCA DE PORTO ALEGRE

SUCESSÃO DE JOSE DA SILVA
MARTINS, REPRESENTADA POR
SEUS HERDEIROS ALDA MARTINS
E OUTROS

APELANTE

SOUZA CRUZ S/A

APELADA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados em Sexta Câmara Cível - Regime de Exceção do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, rejeitar a preliminar de prescrição, e, por maioria, dar provimento em parte ao recurso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores Desembargadores Cacildo de Andrade Xavier, Presidente e Revisor, e Artur Arnildo Ludwig.

Porto Alegre, 02 de junho de 2004.

DES. CACILDO DE ANDRADE XAVIER,
Presidente e voto vencido.

DR. JOSÉ CONRADO DE SOUZA JÚNIOR,
Relator.

DES. ARTUR ARNILDO LUDWIG
Vogal.

RELATÓRIO

DR. JOSÉ CONRADO DE SOUZA JÚNIOR (RELATOR)

Cuida-se de ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por JOSÉ DA SILVA MARTINS contra SOUZA CRUZ S/A – CIA. DE CIGARROS, partes qualificadas e representadas nos autos.

Alega o autor que começou a consumir cigarros aos 16 anos de idade e que fumou durante cerca de 50 anos os cigarros fabricados pela requerida.

Afirma que, em agosto de 1992, foi internado na Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre para tratamento, quando foram feitos os

diagnósticos de “Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica com predomínio enfisematoso e Asma Brônquica” que foram atribuídos ao fato de o autor ser “tabagista pesado”.

Aduz que em razão da publicidade abusiva e enganosa foi levado a consumir um produto que não era seguro, sendo que atualmente se encontra em estado físico extremamente debilitado, precisando – inclusive – respirar por tubos de oxigênio permanentemente.

Postula reparação por danos materiais referentes aos custos do tratamento e demais despesas, além de lucros cessantes e danos morais, pois as doenças causadas pelo cigarro foram responsáveis pela antecipação de sua aposentadoria aos 47 anos de idade.

Citada, a demandada argúi preliminar de ilegitimidade passiva, fundamentando que o autor postula ressarcimento de despesas médicas por ele não custeadas e indenização de por danos morais a familiares que não integram a relação processual.

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

Argumenta que o consumo de cigarros não foi a causa exclusiva da doença desenvolvida pelo autor e impugna os pedidos de lucros cessantes e dano moral. Requer a improcedência da ação.

Sobreveio sentença, julgando improcedente a presente ação de indenização, aduzindo, em síntese, que não estarem presentes os requisitos do art. 159 do Código Civil, pois não restou suficientemente comprovado o nexo de causalidade entre a conduta da ré e os danos sofridos pelo autor.

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

Referiu que *“há no mercado diversas marcas de cigarros, de outras companhias que não somente a ora demandada. Por certo, durante todo este período não se manteve o autor fiel a um único produto...”* e que o hábito de fumar consiste no exercício do livre arbítrio.

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

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

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

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

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

Sustenta também que a apelada não controverteu o fato da fidelidade do apelante a uma mesma marca de cigarro, logo, quanto a este aspecto a matéria estaria preclusa.

Aduz que o poder de viciar – o fato de o cigarro produzir dependência – é admitido pela requerida no momento em que esta apõe as

advertências sobre os malefícios do cigarro em suas embalagens e propagandas.

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

Alega que o enfisema pulmonar foi causado pelo consumo de cigarros e que o infarto do miocárdio guarda estreita relação com o tabagismo, além do que a diabetes e a osteoporose apresentadas em seu quadro clínico são resultados da medicação a que foi submetido pelo tratamento do enfisema pulmonar.

No tocante à ilegitimidade ativa de seus familiares para postular ressarcimento das despesas médicas, impugna a decisão aduzindo que os recebimentos apostos nos recibos de fls., somente foram dados por sua esposa porque ele, autor, não possui mais condições físicas – está cego – para realizar tal feito.

Reitera o pedido de inversão do ônus da prova e o provimento do presente recurso para que seja reformada a v. sentença impugnada.

Preparado e contra-arrazoado o apelo, subiram os autos a esta Corte, indo à revisão do eminente Desembargador Antônio Guilherme Tanger Jardim.

Em sessão iniciada em 18.11.2002, após pedir vista o vogal, o eminente Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, declarou-se impedido, indo os autos ao eminente Desembargador João Batista Marques Tovo.

Nesse ínterim, aposentados os Desembargadores João Pedro Freire e Tanger Jardim, bem assim desligando-se desta Câmara o ilustre Des. Tovo, que foi integrar uma das Câmaras Criminais, os autos vieram-se conclusos.

Refira-se, também, que o autor veio a falecer em 11.10.2001 (fl. 1320), tendo havido a habilitação dos sucessores às fls. 1317/1321

Não há intervenção do Ministério Público
É o relatório.

VOTOS

DR. JOSÉ CONRADO DE SOUZA JÚNIOR (RELATOR)

Antes de proferir meu voto é imprescindível trazer à discussão desta Câmara a minha posição neste julgamento.

Como é de conhecimento dos eminentes Colegas este feito já foi trazido à mesa em sessão que teve início na data de 18.11.2002.

Naquela ocasião votou como relator, funcionando também como Presidente da sessão, o eminente Desembargador João Pedro Freire, e, como revisor, o ilustre Desembargador Antônio Guilherme Tanger Jardim, ambos hoje aposentados. Ainda naquela ocasião estava a integrar o colegiado, como vogal, o eminente Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que, após pedido de vista, declarou-se impedido de funcionar no feito.

Assim, como se vê, situação ***sui generis*** apresentou-se, pois que os dois primeiros votantes já estão aposentados e o terceiro integrante daquela composição deu-se por impedido.

Analisando com atenção a espécie tenho que com a declaração de impedimento do eminente Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira a sessão iniciada em 18.11.2002 não se configurou válida - os atos nela praticados, em especial os votos proferidos pelo relator e pelo revisor, são nulos, pois que desatenderam às disposições do artigo 555 do CPC, isto é: o quorum de 3 juízes para o julgamento da apelação.

Ora, é importante lembrar que o impedimento, tal qual previsto no artigo 134 do CPC, acusa a ausência de um dos pressupostos processuais do Juiz, qual seja o da imparcialidade. Tal condição, ou no caso dos autos a declaração prévia de sua ausência, importou que o quorum exigido pela lei não se constituiu, retroagindo, a declaração de impedimento, ao início da sessão, invalidando todos os atos praticados naquela ocasião no presente processo.

Nessa ótica, portanto, estou propondo aos eminentes Colegas sejam declarados nulos os atos praticados, neste feito, na sessão datada de

18.11.2002, isto é: o voto do então relator e o voto do revisor, passando-se, a seguir, a julgar a presente apelação.

É a preliminar que submeto aos eminentes Colegas.

Desembargador Cacildo de Andrade Xavier (REVISOR): De acordo.

Desembargador Arthur Arnildo Ludwig (VOGAL): De acordo.

Antes, ainda, de passar à próxima preliminar argüida em contra-razões, quero registrar que **após** detida análise e reflexão acerca das provas e documentos constantes nestes autos, e, ênfase: chegar às conclusões a que cheguei quanto às preliminares e especialmente quanto à questão de mérito aqui debatida, chegou-me às mãos o voto prolatado pelo eminente Desembargador João Pedro Freire que há pouco, por **questões processuais**, declaramos nulo. Esse estudo, e assim digo por que verdadeiramente se constitui em um laborioso e profundo estudo realizado pelo Desembargador Freire no presente caso, seja pelo seu denso conteúdo jurídico, seja pela conjugação de serenidade de sentimentos com lucidez de raciocínio, tudo em perfeita sintonia e identidade com o meu convencimento formado a partir, repito, da detida e longa análise que fiz das argumentações das partes e das provas carreadas aos autos, fiz integrar, no meu voto, a essência de suas **razões de direito**, o que nem de longe se confunde com o mero acolhimento **commoditatis causa** de razões expostas em voto anterior.

Tudo isso entendi por bem expor aos Colegas por indeclinável dever de honestidade intelectual.

Dito isso, vejamos a outra preliminar argüida nestes autos.

O caso presente cuida de apelação interposta por JOSÉ DA SILVA MARTINS à vista da sentença de fls. 1198/1203 que julgou improcedente a ação de indenização ajuizada contra SOUZA CRUZ S/A – CIA. DE CIGARROS.

Dito isso, é imprescindível definir-se qual o regime jurídico que se deve aplicar à hipótese dos autos.

O eminente Desembargador Paulo de Tarso Sanseverino, em sua obra “Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor” (ed. Saraiva, 2002, p. 12) esclarece, *verbis*:

O pensamento sistemático tradicional, ancorado no conjunto normativo harmoniosamente espelhado no Código Civil, foi desafiado por soluções inovadoras desenvolvidas topicamente pela jurisprudência no exame de casos concretos. A repetição dessas decisões ensejou o surgimento de novas regras e princípios, que, paulatinamente, transformaram o sistema, pelo surgimento de um novo microssistema de responsabilidade civil. O perfeito conhecimento destas transformações é imprescindível para a compreensão dos motivos pelos quais a defesa do fornecedor foi substancialmente alterada e restringida no novo microssistema insculpido dentro do CDC

Ocorre que, com a massificação das relações de consumo causada pela industrialização e pela automação na linha de produção de bens de consumo, bem assim, pela despessoalização das relações comerciais, houve um aumento expressivo de produtos e serviços disponíveis no mercado e, via de conseqüência, dos acidentes de consumo.

O novo conceito de sociedade - a sociedade de consumo - fez com que ingressássemos numa fase em que, na expressão de Josserand ‘*o acidente se tornou anônimo*’ (apud Rui Stocco, “Tratado de Responsabilidade Civil”, 5ª ed., RT, 2001, p. 108), haja vista que muitos produtos e serviços defeituosos acabavam sendo lançados no mercado sem o devido controle, causando consideráveis prejuízos aos consumidores. Porém, aqueles casos que efetivamente alcançavam a apreciação do Poder Judiciário - na grande maioria das vezes - não chegavam a merecer indenização, porque o consumidor arcava com todo o encargo probatório, devendo inclusive demonstrar a culpa do fornecedor, circunstância que inviabilizava sua defesa em juízo.

Constatada a dificuldade do consumidor em defender-se dentro das demandas judiciais, os juristas passaram a se concentrar mais nestes casos que envolviam acidentes de consumo, buscando solucionar estes danos distribuindo o ônus da prova alternadamente, de acordo com as necessidades do caso concreto.

A partir daí, travou-se uma série de discussões em vários países da Europa, nos Estados Unidos e no Brasil, que acabaram culminando numa mudança radical no sistema da responsabilidade civil.

Em nosso caso, a responsabilidade civil nas relações de consumo foi oficialmente acolhida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXII, e, mais tarde, na legislação ordinária, em 1990, com a publicação do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11/09/1990).

Ao examinar esse tipo de caso, os juristas começaram a sentir que o princípio da culpa não era suficiente para resolver o problema que se lhes apresentava. Ocorre que, na maioria dos casos em que os consumidores necessariamente deveriam transitar pelo princípio da culpa - demonstrando em juízo a negligência, imprudência e imperícia do fornecedor - acabavam prejudicados, e as vítimas não recebiam as devidas indenizações.

Então, em função dessa situação social, os operadores do Direito passaram a ampliar o princípio da culpa, haja vista que o exame daqueles casos – partindo-se da cláusula geral, prevista no art. 159 do Cód. Civil – muitas vezes impunha ao consumidor a realização de prova impossível acerca da culpa do fornecedor, circunstância que prejudicava a realização de um julgamento equânime, já que a culpa do fornecedor nunca ficava efetivamente comprovada, beneficiando-o inexoravelmente.

Por isso, com o decorrer do tempo e em vista de cada caso concreto, o conceito de culpa passou a ser progressivamente ampliado pela doutrina e pela jurisprudência.

Nessa linha, entendo que, *data vênia*, não andou bem o douto magistrado *a quo* ao inserir o presente caso concreto unicamente no sistema da responsabilidade do Código Civil, sem sequer fazer menção ao microsistema da Lei nº 8.078/90, mormente quando, desde o início da instrução (fl. 648) foi expressamente fixado em audiência, dia 30/09/1996, que os pontos controvertidos neste caso seriam: 1º) veiculação de propaganda enganosa pela empresa demandada; 2º) dependência social, física e psíquica do tabaco pelo autor; 3º) relação de causalidade (...); 8º) submissão da matéria ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. (grifo meu).

Certo de que o ordenamento jurídico brasileiro não abandonou a cláusula geral da responsabilidade civil prevista no art. 159 do Cód. Civil e convicto de que, lentamente, o Código Bevilácqua foi perdendo sua primazia absoluta no sentido de englobar todo o sistema de responsabilidade civil do direito privado, adoto o sistema do Código de Defesa do Consumidor na apreciação deste caso concreto, sem perder de vista, por suposto, a idéia e os princípios básicos contidos na cláusula geral.

Acerca do tema, afirma Paulo de Tarso Sanseverino:

“Nesse plano, o Código Civil, como código central na precisa afirmação de Clóvis do Couto e Silva, continua desempenhando o papel de eixo central do sistema de direito privado. Os microssistemas normativos circundam-no como satélites, buscando nele, freqüentemente, subsídio para a integração e complementação de suas regras como ocorre com o Código de Defesa do Consumidor. Apesar de os microssistemas possuírem principiologia própria, não constituem sistemas fechados, infensos a qualquer influência dos demais princípios orientadores do sistema geral. Pelo contrário, os microssistemas normativos, como sistemas relativamente abertos, forjados por leis especiais, carecem de complementação pelas regras do Código Civil para sua perfeita integração”. (Op. cit. - p. 05)

Segundo alega o apelante, e conforme os documentos juntados aos autos (fls.705-774), a doença atribuída ao consumo de cigarros começou a se manifestar em 1989, mas somente veio a ser efetivamente diagnosticada em agosto de 1992, segundo referência no documento de internação de fl. 770 (6º vol.), quando o autor foi baixado em hospital especializado com diagnóstico de doença pulmonar obstrutiva crônica – DPOC – e, assim, em consequência da internação, teve ciência efetiva e inequívoca da doença que lhe acometia.

Por aquela época, como o CDC já estava em plena vigência e produzindo seus legítimos efeitos, pode e deve incidir no presente caso concreto.

Nesse sentido, ressalto caso semelhante, no qual o autor fumou por 40 anos, vindo a padecer de câncer no ano de 1995, o que permitiu calcular que já fumava desde 1955. Naquele caso, a douta maioria da 9ª Câmara Cível, também decidiu pela aplicação do regime do CDC (Apelação nº 70 000 144 626, julgada em 22/12/99).

Conforme salienta Lúcio Delfino (“Responsabilidade Civil e Tabagismo no Código de Defesa do Consumidor”, 1ª ed., Del Rey, p. 90):

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 à sua saúde surgiram após a publicação do referido estatuto legal. Naquelas situações que nasceram sob o império da lei antiga, mas continuam a produzir seus efeitos sob a lei nova (efeitos futuros das situações jurídicas), verifica-se que a lei novel aplica-se imediatamente mesmo aos efeitos futuros das situações nascidas sob o império da lei anterior

A propósito, o próprio art. 1º, da Lei nº 8.078/90, prescreve que o CDC “estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”. Sendo assim, considerando que há um interesse social inerente ditado pela própria lei de defesa do consumidor em seu dispositivo inaugural, que eleva a proteção dos direitos dos consumidores à categoria de direito e garantia individual, constitucionalmente prevista no inciso XXXII do art. 5º, da CF/88, é lícito concluir que no âmbito das relações de consumo em geral, o interesse econômico e social é tão grande que acaba por demandar o emprego imediato da lei nova.

Demais disso, e a reforçar esse argumento, a própria Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 5º, dispõe que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum” .

Eleita a pauta normativa aplicável, passo a enfrentar a preliminar de prescrição posta em contra-razões pela apelada, na medida em que esta prejudicial se confunde com mérito, e desde logo adianto que a afasto.

Com efeito, de acordo com a regra do art. 27 do CDC, os consumidores que pretendem responsabilizar as companhias de cigarros por enfermidades causadas pelo produto fabricado por elas, têm 5 (cinco) anos

para o ajuizamento da respectiva ação, contando-se tal prazo da data do conhecimento da enfermidade e de sua autoria.

No caso em exame, o autor teve conhecimento inequívoco de que sofria de doença pulmonar obstrutiva crônica em agosto de 1992 e a presente ação foi proposta em 06/04/1996, como se vê da certidão de distribuição de fl. 02.

Desembargador Cacildo de Andrade Xavier (REVISOR): De acordo.

Desembargador Arthur Arnildo Ludwig (VOGAL): De acordo.

Afastada a prejudicial de prescrição e decidido o regime de responsabilidade civil que orientará o exame da lide, cumpre examinar o pedido de inversão do ônus probatório, com base no art. 6º, inciso VIII do CDC, renovado em sede de apelação (fl. 1.222 - vol. 8º).

Tal pedido foi formulado, expressamente, pelo apelante à fl. 889/890 (vol. 7º), negado pela douta magistrada de 1º grau à fl. 901, com pedido de reconsideração à fl. 902, e nova negativa por parte da magistrada na mesma página.

Tal decisão foi objeto do Agravo de Instrumento de nº 599 088 051 (fls. 11/916, vol. 7º), ocasião em que o então relator, o Desembargador João Pedro Freire, negou seguimento forte no art. 557, do CPC, haja vista não ter o agravante – ora apelante – instruído o feito de forma adequada, pois deixou de juntar cópia da certidão de intimação, bem como a cópia da própria decisão agravada.

Nesta senda, aproveito para referir precedente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça que, em caso análogo, decidiu, por unanimidade, pela inversão do ônus probatório:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. DEFESA DOS INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DISPENSA DE PRÉ-CONSTITUIÇÃO PELO MENOS HÁ UM ANO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE DA AÇÃO COLETIVA SUPERADA. (...) A regra contida no art. 6º/VII do Código de Defesa do Consumidor, que cogita da inversão do ônus da prova, tem a motivação de igualar as partes que ocupam posições não-isonômicas,

*sendo nitidamente posta a favor do consumidor, cujo acionamento fica a critério do juiz sempre que houver verossimilhança na alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência, por isso mesmo que exige do magistrado, quando de sua aplicação, uma aguçada sensibilidade quanto à realidade mais ampla onde está contido o objeto da prova cuja inversão vai operar-se. **Hipótese em que a ré/recorrente está muito mais apta a provar que a nicotina não causa dependência que a autora/recorrida provar que ela causa.** (...) Ação proposta contra companhias fabricantes de cigarros. Recurso não conhecido. (grifo meu)"- Phillip Morris Marketing S/A x ADESF; RESP nº 140097/SP, julgado em 04/05/00, Quarta Turma, Rel Min. César Asfor Rocha.*

Entretanto, o presente caso não enseja a aplicação desta medida, porque com o não-conhecimento do Agravo de Instrumento de nº 599 088 051, e com a conformidade do apelante que deixou de interpor o recurso cabível, a matéria acabou preclusa.

Além do mais, entendo que a aplicação da inversão do ônus da prova, neste momento processual, não seria aconselhável, considerando que a ação já tramita há mais de oito anos (a distribuição da demanda data de 06/04/1996). Conseqüentemente, a adoção desta medida – a esta altura - acarretaria atraso desnecessário da prestação jurisdicional e/ou criaria uma situação de insegurança jurídica para as partes, pois determinaria a reabertura da instrução, não justificando – por isso – seu emprego.

Inclusive, devo dizer que, no meu ponto de vista, a instrução processual realizada neste feito específico, ao longo de seus 9 (nove) volumes, efetivamente oportunizou às partes a ampla produção de provas que vai desde a juntada de documentos, oitiva de várias testemunhas, perícia médica, enfim, hipóteses que afastam a possibilidade de alegação de cerceamento de defesa.

Então, remetendo à regra geral prevista no art. 333 do CPC, o ônus de provar é atribuído ao autor, – aquele que alega deve provar -, é ele quem deve demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, cabendo ao réu, tão-somente, a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito daquele.

Aplicando a regra geral na presente demanda, cabia ao autor provar que o consumo de cigarros durante boa parte de sua vida lhe causou as doenças que hoje apresenta (fato constitutivo do seu direito).

Em contrapartida, cabia à Souza Cruz S/A provar que o cigarro que comercializa no mercado de consumo não causou a doença que acometeu o autor, obstando, assim, a procedência do pedido (fato impeditivo); ou, alguma situação concreta que de certa forma impedisse o acolhimento do pedido do autor tal como fora pleiteado na inicial em virtude de alguma modificação que atingisse o direito alegado (fato modificativo) ou, finalmente, provar que houve a prescrição, decadência, etc., ou seja, alguma situação que extinguisse o direito posto em causa (inteligência do art. 326 do CPC).

Feitas tais considerações, cumpre examinar a existência – ou não – do dever de indenizar da requerida.

O próprio Código do Consumidor definiu em seus artigos iniciais os elementos da relação de consumo: sujeito ativo é o fornecedor (art. 3º); sujeito passivo é o consumidor (art. 2º), e o objeto da relação de consumo são os produtos ou serviços (§§ 1º e 2º do art. 3º).

Por fornecedor temos *“toda a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividade de produção, montagem criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviço”*.

O consumidor é *“toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”*, ou seja, aquele que adquire bens ou contrata serviços para suprir necessidades próprias, não para desenvolver atividade comercial.

Por fim, como objeto da relação de consumo temos os **produtos** *“qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”* e **serviços** *“qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”*.

Nélson Nery Jr, em “Código Brasileiro do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto”, 2ª ed., Forense, registra que:

“O CDC não se guiou pelos critérios do Código Civil para conceituar produto ou serviço, como já disse. Criou um sistema próprio para regular as relações jurídicas de consumo, que têm significação moderna e atual, de acordo com o que o CDC estabeleceu como conceito para elas, para o consumidor, para o fornecedor e para o produto e o serviço. Mas, ainda para argumentar, se tomarmos as definições de bem ‘materialmente’ e de bem ‘juridicamente’ consumível, feitas pela doutrina sob a ótica do Código Civil, veremos que o Código de Defesa do Consumidor não quis excluir de seu regime os bens juridicamente consumíveis. O CDC não distinguiu entre bem material ou juridicamente consumível, de modo que não é lícito ao intérprete distinguir. Assim, tanto uma como outra categoria de bem consumível estão sob a regência do Código. (...) Como consequência desta análise dos bens à luz do Código Civil, tanto os bens materialmente consumíveis (alimentos, vinho, azeite, etc.), como juridicamente consumíveis é que são, no mais das vezes, objeto das relações jurídicas de consumo

A requerida, por óbvio, encaixa-se no conceito de fornecedora, pois desenvolve atividade de produção e comercialização do cigarro. O autor, por sua vez, se enquadra perfeitamente na definição de consumidor, haja vista que literalmente consome o cigarro, tragando-o, inalando as substâncias ativas do produto, consumindo o cigarro como destinatário final. E, por fim, o cigarro – propriamente dito – que se adapta à concepção de produto, como o bem materialmente consumível, produzido pela ação do homem que transforma uma coisa em outra pelo trabalho.

Na hipótese dos autos, temos o fumante como consumidor individual, que faz uso imediato do bem de consumo ‘cigarro’ como destinatário final. Logo, trata-se de manifesta relação de consumo, pois o fumante adquire o cigarro para utilizar-se dele como bem não durável, que se destrói com o próprio consumo.

Fazem-se presentes todos os requisitos necessários à composição da relação de consumo, isto é, elemento objetivo (cigarro como produto); elemento subjetivo (consumidor como o fumante individual) e, finalmente, o elemento teleológico (consumo como destinatário final).

Aproveitando que se está a falar na definição de ‘produto no CDC’ e partindo do enquadramento legal do cigarro como produto materialmente consumível, ainda carece definir o que seja ‘produto defeituoso’, vale dizer, o produto apto a causar acidentes de consumo.

Nos termos do § 1º do art. 14 do CDC, produto defeituoso é aquele que *“não oferece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – o modo de seu fornecimento; II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido”*.

Por isso, é defeituoso o produto que não oferece a segurança que dele legitimamente se espera.

Singularizados os elementos da relação de consumo, também é preciso ter em conta que até a entrada em vigor do CDC, a defesa dos consumidores era extremamente limitada e, em geral, se restringia aos vícios redibitórios previstos no art. 1101 CC. Assim, os riscos do consumo eram delegados ao próprio consumidor e, como já foi dito anteriormente, a produção massificada, bem como a despersonalização das relações comerciais, dificultavam a defesa do consumidor e, via de consequência, a responsabilização do fornecedor.

Partindo dessas situações é que o CDC – em seu art. 12 – consagrou a responsabilidade objetiva fundada no risco do empreendimento, i.é, *“o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”*.

Sérgio Cavallieri Filho, na obra Programa de Responsabilidade Civil, 2ª ed., Malheiros editora, explica essa situação colocando o seguinte:

“O consumidor não pode assumir os riscos das relações de consumo, não pode arcar sozinho com os prejuízos decorrentes dos acidentes de consumo, ou ficar sem indenização. Tal como ocorre na responsabilidade do Estado, os riscos devem ser socializados, repartidos entre todos, já que os benefícios são também para todos.”

E cabe ao fornecedor, através dos mecanismos de preço, proceder a essa repartição de custos sociais dos danos. É a justiça distributiva, que reparte eqüitativamente os riscos inerentes à sociedade de consumo entre todos, através dos mecanismos de preços, repita-se, e dos seguros sociais, evitando, assim, despejar esses enormes riscos nos ombros do consumidor individual".
(grifo meu)

Donde se conclui que o consumidor somente precisa comprovar o dano e o nexo causal, sendo irrelevante discutir a culpa.

Sobre a responsabilidade civil no CDC, ainda se pode fazer a seguinte distinção: responsabilidade pelo fato do produto/serviço (arts. 12 a 14) e responsabilidade pelo vício no produto/serviço (arts. 18 a 20).

O primeiro caso diz com o acontecimento externo que causa um dano material e/ou moral ao consumidor em função de um defeito do produto, sendo que este defeito pode ter ocorrido **na concepção**, i.é, criação, projeto ou fórmula; **na produção**, quando o defeito ocorreu pela fabricação, construção ou montagem; ou, finalmente, **na comercialização do produto**, ou seja, quando a deficiência for da informação, publicidade, etc.

O segundo caso não importa para o deslinde e solução desta demanda.

Assim, na abordagem dos danos oriundos das relações de consumo ocasionados por produtos/serviços defeituosos, o CC dá margem a aplicação do CDC, porque o fundamento da responsabilidade civil nestes casos não é mais a relação contratual, e sim, o nexo de causalidade entre o produto/serviço defeituoso disponibilizado no mercado que acabe gerando algum tipo de acidente de consumo.

Quanto aos elementos da responsabilidade civil objetiva temos: o dano, a imputação, o nexo de causalidade e o defeito.

O apelante quer responsabilizar a apelada pela comercialização de produto nocivo à saúde, sem prestar as informações devidas acerca dos malefícios que este produto poderia causar - dentre eles a dependência - alegando que o consumo desavisado do cigarro desde sua adolescência

(1945) causou-lhe sérios sofrimentos, inclusive, a enfermidade pulmonar conhecida como Enfisema Pulmonar e Isquemia.

Então, o dano reclamado e sofrido pelo autor consiste no enfisema pulmonar e na cardiopatia isquêmica, pelas quais, postula reparação material e moral.

O primeiro elemento a ser analisado trata-se do dano.

Este elemento foi objetivamente deflagrado pela perícia oficial realizada pelos médicos Dr. Júlio Sérgio de Lima Appel e Dr. Marco Antônio Both, ambos, membros do Departamento Médico Judiciário.

Estes médicos atestaram que o autor efetivamente sofre de Enfisema Pulmonar.

No laudo de fls. 784-795, 6º vol., consta o seguinte:

A doença pulmonar obstrutiva crônica (DPOC) engloba uma série de entidades de etiologia distintas, mas que têm em comum a obstrução ao fluxo aéreo. Compreende, principalmente, bronquite crônica, enfisema pulmonar e asma brônquica. (...) O periciado apresenta predominantemente enfisema pulmonar, e adicionalmente componentes de bronquite crônica" - fl.789, grifo meu.

Logo, o laudo médico é contundente no sentido de que o autor não somente sofre de enfisema pulmonar, como também, de bronquite crônica, sendo que ambas as doenças são espécies do gênero doença pulmonar obstrutiva crônica.

Além do mais, o fato de o autor sofrer de doença pulmonar é incontroverso entre as partes. E a apelada, em suas contra-razões, também é clara neste sentido, na medida em que expõe que "A prova pericial demonstrou cabal e inequivocamente que, ao contrário do que afirma o apelante (...) (a) é portador de Doença Pulmonar (...);"- fl.1228.

Os próximos requisitos a serem analisados consistem no nexo de imputabilidade e nexo causal.

No Código de Defesa do Consumidor, o nexo de imputação vincula-se a responsabilidade objetiva, assim, existirá nexo de imputabilidade se ficar demonstrado que o dano se deu em razão do produto ou serviço defeituoso. Não havendo motivo para se falar em culpa ou em ilicitude.

Na verdade, a ilicitude da atividade do fabricante está “*implícita no fato gerador da responsabilidade civil fundada no risco da atividade*”, mais especificamente no “*conceito de defeito do produto ou do serviço, uma vez que a prioridade é a reparação do prejuízo sofrido pelo consumidor*”(Sanseverino, Paulo de Tarso, Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor, p. 107, ed. Saraiva, 2002).

Então, o simples fato de colocar no mercado um produto defeituoso já deflagra o ato antijurídico que se traduz no descumprimento do dever de segurança.

No âmbito do Direito do Consumidor incide a Teoria do Risco, pela qual basta a simples verificação do dano para que se pressuponha o dever de reparar do responsável, em função da margem de risco inerente à sua atividade e pelo fato de que o fabricante possui uma situação/posição econômica que lhe permite socializar os riscos.

Nesse sentido:

“A exigência de um defeito do produto ou do serviço, como pressuposto da obrigação de indenizar do fornecedor, relativiza a sua responsabilidade com um fato antijurídico (colocação no mercado de um produto inseguro). Na responsabilidade atribuída ao fornecedor imputa-se a reparação dos danos causados por esse produto ou serviço presumidamente defeituoso, por estar o agente desenvolvendo uma atividade econômica em seu benefício, devendo arcar também com suas conseqüências (ubi ônus, ibi emolumentum). Basta observar que, dentro dessa faixa de risco, foi atribuído ao fornecedor o encargo de indenizar danos causados por produtos ou serviços defeituosos, bastando que não consiga provar a inocorrência de defeito”. (op. cit. p. 179)

Por sua vez, o requisito nexos de causalidade consiste na relação de causa e efeito entre o dano e o produto/serviço defeituoso. Contudo, nas relações de consumo modernas, muitas vezes nos deparamos com certo tipo de dano proveniente de um processo causal extremamente complexo nos quais concorrem mais de uma causa ou condição, ou ainda, mais de um agente causador, dificultando a constatação e a comprovação do nexos causal.

O direito brasileiro adota predominantemente a **teoria da causalidade** adequada para resolver problemas relacionados à

responsabilidade civil, seja ela subjetiva ou objetiva, conseqüentemente, em se tratando de responsabilidade civil objetiva na perspectiva do CDC, cabe ao consumidor vitimado pelo acidente de consumo provar a relação de causa e efeito entre o dano que sofreu e o produto/serviço defeituoso do qual fez uso. Porém *“Essa prova do nexu causal nem sempre é fácil, pois, freqüentemente, torna-se difícil o estabelecimento desse vínculo causal entre o produto ou o serviço e os danos sofridos pela vítima, apesar da realização de provas técnicas. Isso ocorre, v.g, no caso dos danos causados por medicamentos. Nessas hipóteses, exige-se uma sensibilidade especial do juiz, que deve formular um juízo de probabilidade com base nos indícios probatórios existentes no processo”*. (Sanseverino, Paulo de Tarso, *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*, p. 245, ed. Saraiva, 2002).

Donde se conclui que a vítima do acidente de consumo precisa provar que *“o produto ou o serviço situam-se dentro do leque de possíveis causas do evento danoso”* (op, cit., p. 245), enquanto que ao fornecedor compete demonstrar a inexistência do defeito apontado.

A dificuldade probatória do nexu causal no caso dos autos muito se assemelha com aquela atinente aos danos causados por medicamentos, na medida em que a prova técnica realizada indica concorrência de fatores para o resultado da cardiopatia isquêmica e enfisema pulmonar.

Portanto, na linha do que já se disse, é preciso verificar se o consumo do cigarro situa-se naquela esfera das possíveis causas do evento danoso alegado, i.é, enfisema e isquemia.

O laudo oficial de fls. 784-795, 6º vol., relativamente à doença isquêmica apresentada pelo autor atesta que se trata de *‘doença multifatorial em sua gênese’*, esclarecendo que *“além de todos os fatores de risco citados, deve-se acrescentar também o diabetes mérito, a hipertrofia ventricular esquerda e provável participação de agente infeccioso, fator que vem sendo pesquisado mais recentemente. A seguir, destaca que “Em virtude de guardarem alto grau de associação com a doença e de se situarem como categoria I para medidas preventivas (American College of Cardiology, fatores de risco cuja intervenção comprovadamente reduz o risco de cardiopatia*

isquêmica) pode-se considerar como os mais importantes: o tabagismo, a hipercolesterolemia, o diabete, a hipertensão e a hipertrofia ventricular esquerda(f. 788, grifo meu)”.

O exame de fl. 717, realizado pelo Instituto de Cardiologia do RGS, em 2/12/90, denominado Anamnese, atesta que o recorrente sofre de tabagismo e dislipidemia.

No tocante à doença pulmonar obstrutiva crônica, o laudo mais uma vez atesta que se trata de uma doença que “engloba uma série de entidades de etiologia e patologia distintas, mas que todas têm em comum a obstrução ao fluxo aéreo. Compreende principalmente, bronquite crônica, enfisema pulmonar e asma brônquica.”, e que “Pode-se incluir tabagismo, hereditariedade, poluição aérea, exposição ocupacional e infecção” como fatores de risco para as doenças pulmonares obstrutivas crônicas. Porém, em seguida faz uma ressalva destacando que “Deve-se salientar que, segundo a literatura médica especializada, o fumo é o fator mais importante associado a bronquite crônica e enfisema, obscurecendo qualquer outra variável. Os fumantes de cigarro têm dez vezes mais risco de morrer de bronquite e enfisema do que os não fumantes, sendo que o risco aumenta com o número de cigarros fumados por dia” (fl. 789, grifo meu).

Instado a responder se poderia ser considerado como fator relevante para a ocorrência da DPOC o fato do autor ter trabalhado em ambiente insalubre (fl. 680), o perito respondeu: “Não é relevante. Indivíduos que exercem ou exerceram atividade profissional em ambiente seco e arejado, ou mesmo ao ar livre, ao consumir cerca de 40 cigarros por dia durante quase cinco décadas provocam estímulo suficiente para o desenvolvimento de enfisema pulmonar severo. Por outro lado, ambientes insalubres para o trato respiratório podem desencadear crises de broncoespasmo em asmáticos ou predispor a infecções respiratórias, mas não proporcionam enfisema pulmonar, por si” (fl. 790).

Sobre o quesito de nº 9, feito pela apelada à fl. 680, que dizia: “Se é possível indicar, com razoável margem de certeza médica, qual dos fatores de risco acima apontados foi a causa específica de doença pulmonar de que se diz acometido o autor”., a resposta foi a seguinte: “Face à importância do

tabagismo como fator etiológico, à quantidade consumida pelo periciado e a história clínica da doença pulmonar (padrão das alterações pulmonares, início das manifestações, por exemplo), a conclusão médica, em qualquer centro pneumológico, seria relacionar o tabagismo descrito ao DPOC constatado”(fl. 790, grifo meu).

Para finalmente concluir que o “o periciado foi tabagista pesado e apresenta doença pulmonar obstrutiva crônica, havendo provável relação entre esses dois efeitos.”(fl. 795)

Diante da análise pericial, conclui-se perfeitamente que o uso do cigarro durante cerca de 50 anos não somente situa-se no âmbito das prováveis causas do evento Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica, mas também, se mostra como o **“fator mais importante associado a bronquite crônica e enfisema, obscurecendo qualquer outra variável.”**

E, sobre a possibilidade do tabaco causar adição expõe “A adição ao tabaco é reconhecida pela ação da nicotina sobre os receptores colinérgicos nicotínicos no cérebro, onde produz seus efeitos gratificantes; com o uso crônico de nicotina (que pode ser absorvida até mesmo pelo ato de mascar fumo, no caso da mucosa oral) desenvolve-se a dependência física, com aumento do número de receptores colinérgicos nicotínicos no cérebro. Indisponibilidade de tabaco produz sintomas de abstinência, como ansiedade, irritabilidade, dificuldade de concentração, de repouso e de sono e eventualmente de pressão”.

Demais disso, o médico ouvido como testemunha (fls. 1072-1086), Dr. Mário Rigatto, especialista em doenças pulmonares causadas pelo consumo de cigarros, assessor do Ministério da Saúde para doenças respiratórias crônicas, explicou detalhadamente como se desenvolve o enfisema pulmonar causado pelo consumo de cigarros no organismo humano: “As doenças obstrutivas crônicas, elas constituem um grande capítulo da pneumologia, há muitas doenças aí dentro e as duas mais temidas são a bronquite crônica e o enfisema pulmonar pela freqüência e pela letalidade.

Agora como é que se cria o enfisema? O mecanismo fundamental, resumindo, é o seguinte: Nós temos cerca de trezentos milhões de alvéolos nos dois pulmões, cada um desses alvéolos é por assim dizer policiado, cuidado por três glóbulos brancos chamados macrófagos alveolares que são células móveis e independentes que vivem dentro do alvéolo essas células elas se deslocam e têm a finalidade de fagocitar, isto é, de comer qualquer impureza que chegue ao alvéolo, para que elas possam digerir o que comem essas células são muito ricas no seu interior de suco digestivo. Quando o indivíduo fuma, esses macrófagos não morrem, mas eles se intoxicam nas primeiras baforadas, não fagocitam mais e não se movem mais. Como eles não fagocitam mais, o suco vai se formando e torna-se muito concentrado dentro deles o macrófago normal esse do fumante também dura em média duas semanas. É o que dura em média nossos glóbulos brancos, ao cabo de duas semanas antes de morrer ele sai do alvéolo, vai para o brônquio e é levado pelas fezes para o exterior. Pois bem, no fumante, o macrófago não se mexe mais, ele está intoxicado, então ele morre dentro do alvéolo e ele está carregado de suco digestivo. Quando ele morre, o suco digestivo dentro dele se espalha do alvéolo, o nosso alvéolo como todo o nosso corpo é fundamentalmente constituído de proteína de maneira que essa liberação desse suco vai lentamente digerindo a parede do próprio alvéolo, de maneira que nós temos um grande processo lento, tanto é que o enfisema começa da primeira baforada e nós não vemos o enfisematoso no consultório em geral antes dos trinta e cinco, quarenta, quarenta e cinco anos (...)”- fl.1076, grifo meu.

Por outro lado, a testemunha compromissada, Sra. Ieda da Silva Nunes, em seu depoimento de fls. 1087-95, vol. 7º, afirma que o autor fumava os cigarros da marca Hollywood, Continental sem filtro, ambos comercializados pela recorrida.

Outra testemunha, igualmente compromissada, Sra. Josefina Cabral, depoimento de fls. 1096-1102, afirma que o autor fumava cigarros da marca Minister, Hollywood e Continental.

O depoimento da testemunha Sr. Edson Villas Boas, compromissada, dá conta de que o autor fumava cigarros da marca Continental. Vejamos a passagem a seguir transcrita: *“Me lembro perfeitamente que era Continental, porque eu também fumava e fumava a mesma marca”*.

De tal forma que considero que na hipótese dos autos o nexo de causa e efeito entre o consumo diário de cigarros fabricados pela recorrida ao longo de 47 anos e as doenças apresentadas pelo autor – enfisema pulmonar e isquemia – está perfeitamente demonstrado.

Finalmente, quanto ao elemento ‘defeito do produto’, temos que ter em conta que os arts. 12 a 17 do CDC tutelam os bens jurídicos da incolumidade e segurança física dos consumidores, protegendo-os em relação aos produtos e serviços disponíveis no mercado de consumo que não apresentam a segurança esperada, causando danos à sua saúde e ao patrimônio dos consumidores.

Os defeitos são considerados em vista da idéia de segurança. Os produtos devem circular no mercado de consumo sem colocar em risco a incolumidade física, a saúde, nem o patrimônio dos consumidores. Os fornecedores, então, devem obedecer seriamente os deveres gerais de segurança, somente disponibilizando produtos definitivamente seguros.

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

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

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

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

No presente caso concreto, concluo que o produto “cigarro” peca quanto aos critérios de valoração estabelecidos no art. 14 e incisos do CDC.

Nessa esteira, pode-se dizer que no caso dos autos existe um grave defeito de informação, porquanto houve falta de advertência sobre os riscos que o consumo do cigarro poderia causar a quem fumasse e também pela ausência de informação acerca dos ingredientes que compõem o cigarro.

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

E aqui somos obrigados a nos socorrer da cláusula geral da boa-fé, porque a apelada sustenta de forma veemente que “(...) ao tempo em que o Apelante inciou-se no hábito de fumar (1945) inexistia qualquer dever ou

obrigação legal dos fabricantes, seja de que produtos fossem (cigarros, bebidas, remédios, substâncias em geral, etc...) de advertir os consumidores ou usuários dos mesmos quanto a quaisquer riscos que tais produtos apresentassem” – fl. 1241, contudo, parece se esquecer de que apesar do CDC não existir na época em que o autor começou a fumar, já havia, no sistema da responsabilidade civil brasileiro, uma obrigação e um dever legal fundados no Princípio Geral da Boa Fé e no Princípio da Boa Fé Objetiva que sempre vigeram no nosso sistema de direito civil, conforme os ensinamentos do Professor Clóvis do Couto e Silva:

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 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 necessidade éticas essenciais ainda quando falte disposição legislativa expressa.’ (Couto e Silva, Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português, vários Autores, São Paulo, RT, 1980, p. 6/12.

Acerca do tema também é preciso referir a obra “A Boa-Fé no Direito Privado”, de autoria da Professora Judith Martins-Costa, ed. Revista do Tribunais, que lança a seguinte lição:

“No Brasil, embora não aludida de forma expressa no Código Civil, a boa-fé objetiva passa recentemente a receber tratamento tópico, o que se deve a uma das características principais na formação juscultural pátria, o bartolismo. Por influência eminentemente doutrinária, ingressa, pela via jurisprudencial, no corpus do ordenamento, permitindo a abertura do sistema”.

Assim, a Souza Cruz sempre teve o dever – seja pela CF/88, seja pelo CDC, seja pelos princípios gerais de direito civil englobados no CC - de advertir de forma clara, transparente e precisa acerca de todos os riscos inerentes ao consumo do cigarro.

E o fato de não existir uma regulamentação específica determinando o dever de informar os riscos do produto, desde o momento em

que o cigarro foi disponibilizado no mercado, não exonera a fabricante de cigarros do ônus de advertir os consumidores acerca dos riscos inerentes ao consumo do tabaco que – via inalação – afetam a saúde do ser humano.

A apelada traz ao conhecimento deste Tribunal (contra-razões, fls. 1252-1263), que sua “*longa e duradoura*” atividade no Estado do Rio Grande Sul – no ramo do cultivo de fumo - iniciou-se em 1917, retratando a relação comercial desenvolvida no Estado como uma verdadeira parceria, com caráter de sério investimento e não de mera atividade transitória.

Então, justamente pelo caráter de investimento sólido, idôneo e sério que embasa a relação comercial mantida pela recorrida neste Estado desde 1917 é que a apelada não estava dispensada de informar sobre os ingredientes do cigarro, a quantidade que poderia ser consumida ou, ao menos, que não sabia ao certo dos efeitos colaterais que o consumo daquele produto que estava a colocar no mercado produziria nas pessoas que o consumissem.

Porém, devo ressaltar que considero pouco provável o fato da apelada, na época, não ter conhecimento dos possíveis riscos do produto que fabrica, porque se tem notícia de que a literatura científica, no Brasil, já associa o fumo com malefícios à saúde desde 1849, vejam o texto “*Breves reflexões higiênicas sobre o uso do tabaco*”, de Martinho Xavier Rabelo, encontrado na Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro, publicada na referida data.

Sendo que também podemos citar: “*O fumo e seus efeitos no organismo humano*”, de Joaquim Nogueira Paranaguá, publicada em 1914; “*O vício de fumar*”, de Eugênio Jorge, publicada em 1936; “*Tabagismo*”, de Inácio da Cunha Lopes, publicada em 1942; “*O fumo*”, de Francisco de Fuccio, publicada em 1953; e, “*Os escravos do século*”, de Edgard Berger e Oldemar Beskoe, publicada em 1964.

Então, não me é crível o fato da empresa apelada desconhecer os fatores de risco.

De qualquer maneira, não estava eximida de advertir, ao menos, que não conhecia as possíveis reações adversas e efeitos que o uso do cigarro poderia trazer às pessoas.

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

No dia 13/10/1999, toda a imprensa noticiou atônita que a companhia americana Philip Morris, maior fabricante de cigarros do mundo, – parceira da requerida –, reconheceu publicamente, através de sua página na Internet, que existe um consenso médico e científico de que o fumo causa câncer de pulmão, problemas no coração, enfisema e outras doenças sérias. A maior fabricante de cigarros admitiu que *"fumar vicia"* e que *"não existe cigarro seguro"*, recomendando para *"adultos evitarem fumar perto de crianças"*. A empresa também concordou em retirar propagandas com imagens, como as de *"Joe Camel"* e as do *"Cowboy"* do cigarro Marlboro. (vide <http://phillipmorris.com> e Folha de São Paulo datada de 14/10/1999).

Acrescento, também, que no dia 31 de maio de 1999, o Ministério da Saúde, através do Instituto Nacional de Câncer (INCA), durante as comemorações oficiais pelo *"Dia Mundial Sem Tabaco"*, contou com participação da pesquisadora brasileira Stella Aguinaga Bialous, da OMS, que apresentou um estudo chamado *"Os arquivos secretos da indústria do cigarro"*:

"Esses arquivos são documentos internos da indústria, que se tornaram públicos a partir de acordos judiciais de várias causas movidas nos Estados Unidos contra a indústria. Segundo Stella, eles mostram a extensão e a profundidade do conhecimento da indústria sobre os malefícios à saúde provocados pelo cigarro, o poder de criar dependência da nicotina e as melhores estratégias de marketing para atrair os jovens para o consumo. Além disso, os documentos mostram a manipulação de

resultados de pesquisas quando desfavoráveis à indústria e pesquisas experimentais feitas com a manipulação de componentes do cigarro. 'Esses documentos mostram, sobretudo, que o mercado da indústria é o mundo, com estratégias globais de distribuição de cigarros', afirma Stella." (informação extraída do site do INCA- <<http://www.inca.org.br>>)

Desde 1954, até mais ou menos 1992, a indústria do cigarro divulgou amplamente sua inocência, alegando que jamais havia perdido nenhuma disputa judicial manejada por fumantes. E, de fato, dos 813 processos que chegaram a julgamento, somente dois saíram-se vitoriosos em primeira instância; contudo, as sentenças foram desconstituídas pelos tribunais superiores. (Mario César Carvalho, *O cigarro*. São Paulo: Publifolha, 2001).

Porém, em meados de junho de 1997, essa situação começou a se modificar. Ocorre que a justiça americana passou a ser atropelada por uma avalanche de ações judiciais promovidas não somente por consumidores individuais, mas, principalmente, pelos Estados, que buscavam recuperar o dinheiro empregado no sistema público de saúde para tratar dos fumantes. Então, a indústria de cigarros concordou em pagar uma gigantesca indenização no valor de US\$ 246 bilhões durante 25 anos, desde que os 50 Estados Americanos desistissem dos processos que estavam promovendo por fraude à saúde pública. (Op. Cit)

Além das ações de indenizações propriamente ditas, as ações baseadas em documentos internos e secretos revelados por ex-funcionários destas empresas começavam a chegar aos tribunais americanos que passaram a tomar conhecimento de que os altos executivos das Companhias de Cigarro sabiam que o cigarro provocava dependência e câncer. (Op. Cit)

Um desses casos, virou filme, conhecido por nós no Brasil pelo título de "o Informante" (*The Insider*, 1999). Trata-se de um caso verídico no qual o bioquímico Jeffrey Wigand, vice-presidente da empresa Brown &

Williamson, testemunhou na demanda movida pelos 50 Estados Americanos que pediam a indenização de 246 bilhões de dólares.

Outro caso verídico, tão digno de filme quanto o primeiro, foi quando o ex-ator e professor de teatro, Merrel Williams acabou – por biscoite – trabalhando num escritório de advocacia como pesquisador de documentos. Sua função era ficar trancado num antigo depósito da Brown & Williamson (fabricante de cigarros), onde havia documentos confidenciais da indústria de cigarro. Durante três anos ele retirava documentos secretos escondidos sob sua camisa e os remetia para a casa de um amigo em outro Estado. Em abril de 1994, ele entregou os documentos a um advogado do Mississippi. Ditos documentos, certificavam que desde os anos 60 a indústria de cigarro, através de seus cientistas, havia feito uma série de experiências com animais e sabia de forma inequívoca que o tabaco é uma substância cancerígena. (op. cit)

Esses documentos foram enviados a um médico chamado de Stanton Glantz, professor da Universidade da Califórnia. Porém, a empresa Brown & Williamson acionou a universidade na vã tentativa de recuperá-los. Em 29 de julho de 1994, acabou derrotada na Suprema Corte da Califórnia e estes documentos – hoje em dia – já estão disponíveis na internet no site (<http://library.ucsf.edu/tobacco>) e, também, fazem parte de um livro chamado “*The Cigarette Papers*”(Stanton A. Glantz (ed.), Berkeley University of California Press, 1996).(Op. Cit)

A Philip Morris também teve seus arquivos secretos divulgados quando o Estado de Minnesota requisitou ao juiz que conduzia o caso uma consulta aos arquivos da companhia que acabou deferida. A empresa, numa estratégia de retardar o andamento do feito, entregou os 150 mil documentos confidenciais sobre saúde de uma vez só, sem ordem cronológica ou temática, nada. Seis meses depois os advogados conseguiram por meio de uma ordem judicial, uma lista com o conteúdo de cada uma das caixas que atualmente já estão disponíveis no site www.tobaccoarchives.org.

Dentre esses 150 mil documentos, encontrou-se uma série de arquivos que demonstravam que a empresa manipulava os níveis de nicotina pelo menos desde 1970, sendo que também havia uma pesquisa, datada de 1965, assinada por Ron Tamol, que objetivava “*determinar o mínimo de nicotina para manter o fumante normal ‘viciado’*”.

O governo americano teve a prova concreta e indubitável acerca da manipulação da nicotina quando uma bibliotecária da Food Drugs and Administration (FDA) achou um texto escrito em português que se tratava de um pedido da Brown & Williamson para DNA Plant Technology desenvolver uma espécie de fumo que fosse geneticamente estável. Então, a DNA Plant Technology produziu a planta geneticamente modificada denominando-a de “Y1” e as sementes foram enviadas para a Souza Cruz Overseas, no Brasil.

A escolha recaiu no Brasil porque a empresa havia feito um “acordo de cavalheiros” com o governo americano para não elevar os níveis de nicotina, de tal forma que a produção do fumo aqui no Rio Grande do Sul não violaria o pacto.

Porém, em razão do processo que tramitava nos EUA, a Souza Cruz optou por interromper a produção do Y1 no Brasil. (op. cit) Inclusive, nos autos, à fls. 249-51, se tem notícia de que a Comissão de Direitos Humanos do Município de Venâncio Aires (RS) levou ao conhecimento da Câmara do Deputados um relatório que demonstrava que sua comunidade possuía – na época – o maior índice de suicídios (25 por 100.000 habitantes quando a média no país é de 8,5 por 100.000 habitantes) e apontava como um dos fatores determinantes o uso de agrotóxicos organo-fosforados no cultivo do tabaco. Alegavam que sua população estava sendo utilizada como cobaia dos experimentos da Souza Cruz, que cultivava a planta geneticamente modificada Y1.

Porém, o Governo, representado pelo Ministério da Agricultura, esclareceu que não houve nenhum pedido aos órgãos competentes “*para a realização de experimentos da cultura Y1*”(fl. 249).

Então, esses fatos ocorridos no âmbito do direito alienígena e nacional, impedem que se considere a tese de que a apelada não tinha conhecimento algum dos malefícios ou, do poder viciante, ou ainda, da periculosidade do produto que estava a comercializar.

Assim, voltando ao caso dos autos, a notícia que se tem é a de que, ao contrário de advertir sobre os riscos e incertezas sobre o consumo dos cigarros que comercializava, a empresa apelada investiu massivamente em propaganda e publicidade.

No 1º volume, mais especificamente nas páginas: 23, 28v, 80, 86, 137, 137v, 140v, 143v, 146v, 149v, 152v, temos exemplos de propagandas publicadas em revistas e periódicos de grande circulação datados de, respectivamente: 1941, 1941, 1941, 1974, 1971, 1965, 1963, 1969 e 1965.

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

Muito pelo contrário, houve uma exaltação da imagem da pessoa que fuma, do ato de fumar em si, vinculando a imagem do fumante ao sucesso, à satisfação, à independência, liberdade, etc... e isto é facilmente perceptível pelas chamadas/slogans das campanhas publicitárias da época: “*Em tudo que você escolhe existe sempre um pouco de você*”(cigarro da marca Shelton); ou, “*Hollywood, o sucesso*” (cigarro da marca Hollywood); ou, “*Em qualquer idioma, a expressão define a qualidade: um cigarro de agrado internacional*” (cigarro da marca Minister); ou ainda, “*Embalagem-presente de cigarros para as pessoas a quem você quer bem ...*” (cigarro da marca Minister).

Ressalto que em todas essas propagandas noticiadas no presente caso concreto, não existe – em nenhuma delas – qualquer sinal ou advertência sobre os malefícios do cigarro, nem de seus ingredientes, nada.

De modo que, ponderando os critérios de valoração para identificação concreta dos defeitos, partindo-se do conceito jurídico indeterminado “*segurança legitimamente esperada*”, ou seja, (I) apresentação do produto, (II) usos e riscos razoavelmente esperados e (III) época em que foi colocado em circulação, podemos afirmar que, no presente caso concreto, o produto cigarro possui defeito quanto à informação, pois na época em que foi colocado no mercado de consumo - aqui no RGS (1917) - pela Souza Cruz não continha a segurança legitimamente esperada pelo consumidor que, ao fazer uso normal do cigarro, estava, no mínimo, correndo o risco de se tornar adicto.

Assim, na linha do que já foi dito anteriormente, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o dever de informação foi amplamente acolhido, ganhando destaque e força dispositiva, obrigando os fornecedores a adequar seus produtos às exigências do art. 4º do CDC, que impõe ao fornecedor, em vista da Política Nacional de Relações de Consumo, “*o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo ...*”.

O que nos permite concluir que no caso dos autos a empresa de cigarros também desobedeceu ao princípio previsto no inciso III, do art. 6º do CDC, na medida em que não prestou “*informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, de característica, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.*”

A apelada ignorou desde a origem de sua relação comercial as normas de conduta e as exigências legais no sentido de informar seus consumidores detalhada e ostensivamente acerca dos riscos do produto que oferecia ao mercado de consumo.

De tal forma que a escolha do consumidor restava diretamente prejudicada, já que não existia especificação correta sobre os componentes do cigarro, suas características, composição.

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

No caso dos autos, a própria perícia médica esclarece que o cigarro contém uma série de outras substâncias que os maços não informam: *“A nicotina apresenta efeitos predominantemente sobre o sistema nervoso e sobre fibras musculares lisas do sistema vascular. O alcatrão constitui-se na porção particulada da fumaça do cigarro (excluindo-se a nicotina, alguns gases e outros alcalóides, o monóxido de carbono e a água, todo o resíduo sólido constitui-se no alcatrão, que por sua vez é formado por alguns milhões de substâncias). As substâncias particuladas que constituem o alcatrão são implicadas principalmente na gênese do câncer de pulmão. Além de partículas que formam o alcatrão, a fumaça do cigarro contém inúmeros gases irritantes, entre os quais se incluem a acroleína (principal agente da bronquite crônica), o dióxido de nitrogênio, o formaldeído, o sulfito de nitrogênio e a amônia, que provocam tosse, broncoespasmo, hipercrinina e ciliostase”.*

O Instituto Nacional do Câncer e o Ministério da Saúde oficialmente informam:

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

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

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

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

Vale ressaltar que as substâncias da fumaça do cigarro têm efeitos sobre a saúde do fumante, mas também sobre a saúde do não-fumante, exposto à poluição do ambiente causada pelo cigarro.”(<http://www.inca.org.br>)

Outro aspecto importante e que deve ser referido nesta oportunidade refere-se à obrigação de advertir imposta aos fabricantes de cigarros pelo Ministério da Saúde (Portaria nº 695, de 01.06.1999). A meu ver, essa disposição, insuficiente e por isso quase nada esclarecedora, que decorre do dever do Estado de adotar medidas que preservem à saúde de sua

população (posição, aliás, flagrantemente paradoxal à regulamentação do cigarro como produto posto no mercado de consumo, o que somente é explicável pelas implicações de ordem macroeconômica), não desobriga nem exonera a fabricante de cigarros do seu dever de informar correta e amplamente e de indenizar os danos que venham a causar na saúde do consumidor.

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

Então, quanto ao critério ‘apresentação do produto’, entendo que a companhia apelada não atendeu a exigência legal de maneira satisfatória, pois deveria ter informado ostensivamente as peculiaridades do cigarro, com clareza e precisão, especificando detalhadamente seus ingredientes, as quantidades existentes em cada cigarro, qualidade do fumo, composição, validade, etc, declarando a existência de substâncias tóxicas ao organismo humano **e, principalmente, informando a quantidade de cigarros que poderá ser consumida pelas pessoas diariamente sem que estas venham a sofrer qualquer tipo de dano.**

No tocante aos ‘usos e riscos razoavelmente esperados pelo consumidor’, podemos dizer que a publicidade enganosa e abusiva incita ao consumo do cigarro, na medida em que põe em dúvida o consumidor que subconscientemente é sugestionado a subestimar os malefícios do produto.

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

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

A apelada gasta anualmente quantias consideráveis em publicidade, propaganda e marketing com o nítido objetivo de manter seus adeptos e, logicamente, de aumentar o rol de consumidores.

Então, mesmo que o consumidor esteja ciente sobre os malefícios do consumo de cigarros à saúde, a publicidade – com todo seu arsenal de sedução – vende uma imagem de sucesso e subliminarmente ludibria o consumidor que é induzido a duvidar da prejudicialidade do produto.

Quanto ao requisito ‘época em que foi colocado em circulação’, que se refere à Teoria dos Riscos do Desenvolvimento, ou seja, aqueles riscos que os fornecedores correm em razão de defeitos que apenas se tornarão conhecidos após a disponibilização do produto no mercado de consumo devido aos avanços tecnológicos e científicos, consigno que – na esteira dos fatos que mencionei anteriormente – tenho por inviável o sucesso desta tese, haja vista que a sociedade científica já alerta sobre os malefícios do cigarro, pelo menos, desde o século 20.

Assim, não é viável utilizar-se desta excludente para eximir-se de sua responsabilidade.

Nesta altura, entendo necessário abordar um tópico essencial dentro dessa discussão e esse tópico tem a ver com a questão do livre arbítrio.

Muitos devem pensar o seguinte: O hábito de fumar não passa de uma escolha da pessoa. Assim, fuma quem quer, dentro do exercício social do seu livre arbítrio.

Inclusive, o douto magistrado de primeiro grau se pronunciou neste sentido ao sentenciar:

Na verdade, a pretensão da inicial é transferir à ré a responsabilidade pelo estado de saúde que o ora autor padece, sob a alegação de que o consumo de cigarros levou-o a tal estado. Não podemos nos olvidar que o hábito de fumar mostra-se como exercício do livre arbítrio. Vale ressaltar a máxima de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude da lei. Tal máxima também encontra amparo na disposição de que “tudo que a lei não veda é permitido”. Analogicamente aplica-se ao presente caso.” (grifo meu, fl.1202, 8º vol.)

Porém, admitida e reconhecida a hipótese de que a recorrida não cumpriu seu dever de informar, omitindo circunstâncias extremamente importantes e que teriam reflexo imediato no livre arbítrio, logo, no processo de escolha do autor, entendo que não há falar em livre arbítrio, e em consequência disso, a fabricante de cigarros apelada deve ser responsabilizada pelos graves danos que causou à saúde e patrimônio do apelante.

Entendo que na verdade a escolha do autor não foi eminentemente livre, porque a empresa apelada – em primeiro lugar - não advertiu quanto aos ingredientes do cigarro que vendia, nem avisou que o cigarro podia lhe causar enfisema pulmonar, bronquite, câncer, etc, ou mesmo que não sabia ao certo que efeitos o uso do cigarro a longo prazo poderia causar ao fumante e – em segundo lugar – porque, contrariando o dever de informar, investiu milhões em propaganda e publicidade a fim de seduzir e suggestionar de forma subliminar e subconsciente as pessoas de que o cigarro que vendia não era um produto com considerável potencial de lesividade, incitando seu consumo.

Não foi dada ao consumidor a opção de aceitar ou rejeitar a mensagem por que ela veio deturpada e omissiva, viciando a vontade do consumidor.

O autor não estava inteiramente esclarecido de que o cigarro era um produto que podia lhe causar uma adição, que podia lhe causar doenças graves e debilitantes; ao contrário, foi seduzido em suas esferas mais inconscientes a iniciar-se no 'hábito de fumar'.

Então, olhando a situação sob esse prisma, não há falar em livre arbítrio, pois na verdade o autor foi envolvido num ciclo vicioso e, atualmente, faz parte de um mercado "quimicamente cativo" (Dr. Fernando Lokschin, Zero Hora, publicada em 19/06/02).

Nesse sentido, não podemos deixar de mencionar a lição do clássico Sílvio Rodrigues que explica que os vícios do consentimento, i.é., erro, dolo e coação *"incidem sobre a vontade impedindo de se externar conforme o íntimo desejo do agente"*, e, mais especificamente quanto ao erro, esclarece que *"Ocorre erro quando o autor da declaração a emitiu inspirado num engano, ou na ignorância da realidade. O vício recai sobre o próprio consentimento, que não seria manifestado da maneira por que foi, se conhecidas as circunstâncias do negócio".(grifo meu)*

E não se venha falar em isenção do dever de informar em razão da culpa exclusiva ou concorrente do consumidor, uma vez que a culpa exclusiva do consumidor diz com o fato culposo da vítima que intervém de forma imediata e definitiva no nexo de causalidade.

Ressalte-se que esse fato do consumidor, para excluir o dever de indenizar do fornecedor, precisa ser a *"causa adequada exclusiva"*

(Sanseverino, p. 272) no processo causal que se desenvolve e culmina nos prejuízos apresentados pelo próprio consumidor vitimado.

Assim, se a conduta culposa da vítima não constituir causa determinante e – principalmente – exclusiva no nexo causal existente entre o defeito e o dano, não cabe falar em exclusão da responsabilidade civil do fornecedor.

No caso concreto, devemos relevar a “importância causal dos diferentes fatos que atuam paralelamente na produção de determinado dano” (Sanseverino, p. 272). Então, é preciso cogitar se o fato – que equivale ao ato de fumar cigarros – interfere no nexo de causalidade entre o dano (enfisema pulmonar e doença pulmonar obstrutiva crônica) e o defeito do produto (omissão de informação e publicidade abusiva e enganosa).

Com efeito, nesse caso, o consumidor fez uso normal do cigarro, utilizando-o dentro dos moldes e critérios socialmente definidos.

Não houve utilização incorreta do produto.

O que houve, foi a colocação de um produto no mercado de consumo que não continha a segurança legitimamente esperada.

Até mesmo porque não se pode dizer que o autor fez uso abusivo ou irregular do cigarro se a própria definição/informação (do que supostamente seja uso regular do cigarro) não veio exposta no produto.

O maço de cigarros não informa como ou em que quantidade o cigarro deve ser consumido.

O que se tem e que conta como demonstração acerca do que seria o uso “normal” do produto cigarro são as propagandas, sendo que essas também não dizem quantos cigarros podem ser fumados por dia sem que o consumidor desenvolva uma adição e, conseqüentemente, perca seu potencial discricionário, na medida em que passa a ser cativo de uma série de substâncias que se lhe faltarem no organismo provocarão insuportáveis e desagradáveis efeitos de ordem física e psicológica.

Logo, não dá para afirmar que o autor utilizou o produto contrariamente às indicações porque não existiram indicações no produto ou na propaganda do produto que informassem a esse respeito.

Também não é possível afirmar que o consumidor estava consciente do defeito do produto e, mesmo assim, assumiu o risco dos danos porque, num primeiro momento, do que se vê dos testemunhos prestados e demais fatos apresentados, tudo indica que naquela época em que o autor começou a fumar, o “consumidor médio” não sabia com exatidão os perigos e incertezas que circundavam o consumo de cigarros. E, num segundo momento, porque realmente se constatou que não havia informação eficiente e/ou suficiente a respeito do potencial viciante do cigarro.

Aí, finalmente, quando o autor passou a ter consciência inequívoca do elemento viciante do cigarro já estava viciado e dependente.

E mesmo que se admita que é possível parar de fumar, as pesquisas científicas e os médicos atuantes na área são unânimes ao afirmar que a grande maioria dos fumantes não consegue parar de fumar, - as tentativas são muitas, mas falham – seguindo-se, então, a cadeia de consumo até que desenvolvam uma doença muito grave e muitas vezes mortal.

Aliás, mesmo cientes da doença grave e do fato de sua vida estar sob risco os fumantes insistem em voltar a fumar.

De maneira que, não há falar em culpa exclusiva ou concorrente da vítima.

E, finalmente, examinando a presente discussão sob o aspecto do ônus probatório, (art. 333 do CPC/BR), considero que a recorrida não atingiu com sucesso a tarefa de provar que a doença que acometeu o autor não foi resultado do consumo dos cigarros que produz (fato impeditivo), nem a extinção do direito do autor.

Assim, no meu ponto de vista, o cigarro integra aquela classificação prevista no art. 9º, do CDC, ou seja, trata-se de um produto potencialmente nocivo ou perigoso à saúde dos consumidores, por isso, a fabricante de cigarros deve informar nos rótulos e mensagens publicitárias de maneira ostensiva e adequada a respeito da sua nocividade ou periculosidade.

Igualmente, no tocante aos lucros cessantes, entendo que devam ser reconhecidos, haja vista que o autor comprovou que, mesmo após ter-se aposentado, voltou a trabalhar, tendo sido despedido em razão de sua doença.

Quanto aos danos morais, que se vinculam aos direitos da personalidade e se traduzem num sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, causando-lhe alterações psíquicas, prejuízos afetivos e/ou sociais, tenho que o pedido merece acolhimento.

Então, por se tratar de um caso de difícil comprovação, consigno que dispense a realização dessa prova, pois me filio à corrente que dispensa sua demonstração em juízo, por considerar estar o dano moral *in re ipsa*.

Assim, avaliando o caráter de punição ao infrator, os danos morais efetivamente experimentados e a função pedagógico-punitiva da

medida, fixo os danos morais em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), devidamente corrigidos pelo IGP-M.

Por esses motivos, rejeitada a preliminar de prescrição, julgo parcialmente procedente a ação para condenar SOUZA CRUZ S/A – CIA. DE CIGARROS: **a)** ao pagamento dos danos materiais no valor de R\$ 14.524,16 + R\$ 27.062,28, que perfazem um total de R\$ 41.586,44, devidamente corrigidos pelo IGP-M, a contar da data do efetivo desembolso das referidas despesas, acrescidos de juros de mora de 6% a.a. a partir de agosto de 1992 (data do ilícito), e 12% ao ano a partir da vigência do atual Código Civil, consoante a Súmula 54 do STJ; **b)** ao pagamento dos lucros cessantes consistentes no somatório do valor do salário auferido pelo autor quando de sua demissão até a data de sua morte, excluídos quaisquer valores referentes à sua aposentadoria, monetariamente corrigidos, mês a mês, pelo IGPM, acrescidos de juros de mora de 6% ao ano até a data em que o atual Código Civil entrou em vigor, ocasião em que o percentual devido de juros passará a 12% a.a; **c)** danos morais no valor de R\$ 500.000,00, corrigidos pelo IGP-M, acrescidos de juros de mora de 12% a.a, a contar desta data.

Considerando que o autor decaiu em parte mínima do pedido, aplica-se o disposto no art. 21, § único do CPC, assim, fixo a verba honorária a ser paga ao advogado do autor em 10% sobre o valor da condenação, corrigidos pelo IGP-M, a partir dessa data.

A ré arcará com as custas do processo.

É o voto.

Des. Cacildo de Andrade Xavier (PRESIDENTE E REVISOR)

- Eminentes Colegas, peço vênias ao eminente Relator para divergir do seu longo, exaustivo e brilhante voto.

Estou convencido de que a sentença da lavra do Dr. Marcelo Cezar Müller, Juiz de Direito que atualmente substitui neste Tribunal, merece

ser confirmada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, em que pese ter o Dr. Juiz lançado uma sentença relativamente curta para este tipo de causa.

Friso que o eminente Dr. Marcelo examinou a causa à luz do art. 159 do Código Civil, que foi o dispositivo invocado na inicial, e, à fl. 8, está transcrito o art. 159.

Mas todos nós sabemos que poderia o Dr. Juiz ter examinado, se entendesse interessante, à luz do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que vigora, no sistema brasileiro, o *jura novit curia*, e todos sabemos também, especialmente os aqui presentes, que esse princípio foi aperfeiçoado pelos franceses, que lançaram o brocardo *le juge connait le droit*. Portanto, não há problema nenhum em se discutir, como fez o eminente Relator, à luz do Código de Defesa do Consumidor.

Porém, mesmo assim, entendo que está rigorosamente correta a sentença. Diz o Doutor Juiz, a certa altura, demonstrando extraordinário poder de síntese - que hoje está muito valorizado em face da pleora de processos que tramitam em qualquer comarca do Brasil -, que “não logrou o autor desincumbir-se a contento do ônus de prova que lhe cabia; que, no contexto probatório, inexistiu elemento capaz de ensejar o dever de indenizar; que não está suficientemente comprovado o nexo de causalidade entre a conduta da ré e os danos sofridos pelo autor”.

Refere adiante o Doutor Juiz: “Na verdade, a pretensão da inicial é transferir à ré a responsabilidade pelo estado de saúde de que o ora autor padece, sob a alegação de que o consumo de cigarro o levou a tal estado”. Prossegue: “Não podemos olvidar que o hábito de fumar mostra-se exercício do livre arbítrio. Vale ressaltar a máxima de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Tal máxima também encontra amparo na disposição de que ‘tudo o que a lei não veda é permitido’”.

Depois, diz ele: “Não há vedação legal de consumir cigarros. A atividade da empresa-ré é lícita e encontra regulamentação na legislação vigente. Há regular vigilância dos órgãos públicos, não há vedação para comercialização de cigarros. Cabia ao autor, portanto, exercitar o direito de optar pelo tabagismo ou não. Optou pelo primeiro, embora, de há muito, seja fato notório o agravamento de fatores de risco naqueles tabagistas

contumazes, que parece ser o caso do autor, ainda associados a fatores pessoais: hábitos alimentares, sedentarismo, etc.”.

Prossegue o Doutor Juiz: “A perícia médica, fls. 799-806, é esclarecedora. É o próprio autor quem informa ao perito que, desde a juventude, tem sido aconselhado a deixar de fumar. Em 1992, apresentou infecção respiratória, internando-se na Santa Casa. Por essa época, começou a apresentar falta de ar. Informa ter sofrido internação hospitalar no Instituto de Cardiologia em 1990, por infarto do miocárdio. Atualmente, é portador de diabetes e osteoporose.

“Diante deste quadro, não se mostra razoável imputar exclusivamente ao hábito de fumar o agravamento do estado de saúde do autor. Como já dito, em 1990, o autor submeteu-se à internação hospitalar no Hospital de Cardiologia em decorrência de infarto. Só após aproximadamente 2 anos, começou a sentir falta de ar, quando se internou por problemas decorrentes de infecção respiratória junto à Santa Casa.”

Adiante, reportou-se novamente ao laudo pericial, especificamente às respostas da fl. 799, especialmente ao item VIII, e julgou improcedente a ação.

O autor interpôs embargos de declaração, fls. 1.205-1.209, e o Doutor Juiz desacolheu esses embargos à fl. 1.211, dizendo que, na realidade, ao dizer que a sentença não examinou os artigos de lei que deveria ter examinado, o embargante estava querendo efeito infringente, coisa que não cabia no caso concreto.

Dito isso, rememoro que esta Câmara, sob a minha relatoria, ao julgar a Apelação Cível nº 70006322226, em 10 de março deste ano, ocasião em que fui acompanhado pelos eminentes Desembargadores Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e João Batista Marques Tovo, já julgou no mesmo sentido da sentença do Dr. Marcelo Müller.

Só que, naquele feito, a Câmara, por unanimidade, confirmou sentença da lavra do eminente Dr. Marco Antônio Ângelo, Juiz tão operoso, inteligente e culto como é o Dr. Müller. A sentença do Dr. Marco Antônio Ângelo era tão bem-lançada que transcrevi diversos trechos dela, um dos quais vou rememorar aqui.

“Os elementos integrantes da responsabilidade civil, derivados da legislação comum, são ação ou omissão culposa, o nexo da causalidade e o dano. A responsabilidade civil, assim, deve surgir de um ilícito. Ocorre que a atividade das rés, industrialização e comercialização do tabaco, é lícita no Brasil, como, aliás, na imensa maioria dos países do mundo.”

Depois de fazer referência à Constituição de 1988, ele diz que, relativamente à propaganda enganosa, a própria Constituição Federal prevê que a propaganda comercial do tabaco, entre outros produtos, estará sujeita a restrições, e a partir de 1988 foram surgindo portarias editadas pelo Ministério da Saúde.

Diz depois: “O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu regras sobre as informações adequadas acerca dos produtos. Não bastasse isso, a Lei nº 9.294/96 restringiu o uso e a propaganda de produtos fumígenos, entre outros. As indústrias de fumo sempre cumpriram as regras que foram sendo impostas ao longo dos anos, inclusive porque fiscalizadas pelo Ministério da Saúde, normas estas que não podem retroagir quanto às propagandas anteriormente veiculadas”.

Prossegue o Doutor Juiz: “Por outro lado, entendo que as propagandas não eram enganosas. Os malefícios do tabaco ou do tabagismo são conhecidos há décadas, sabendo-se que a nicotina causa dependência. Ninguém adquire o vício porque acredita que se tornará mais bonito, másculo, charmoso ou aventureiro, em face das propagandas veiculadas pelas indústrias de fumo. A grande maioria das pessoas é levada ao vício por influência de amigos e parentes, conforme várias pesquisas realizadas. Por isso, incorreto afirmar que a propaganda, inexoravelmente, leva alguém ao tabagismo e que é impossível deixar o vício”.

Lá naquele caso ele disse: “Argumente-se que o autor não deixou de fumar, mesmo depois das advertências referidas nas propagandas”.

Pois aqui já se transcreveu parte da sentença deste processo e se vê que o ilustre tabagista confessou, ou disse, ou revelou que diversas pessoas vinham-lhe aconselhando há anos que deixasse de fumar.

Diz o Dr. Ângelo na sentença, confirmada por esse acórdão a que estou-me referindo: “Abandonar o vício é tarefa difícil, mas também é certo

que basta apenas força de vontade para fazê-lo, como tantas pessoas já o fizeram.

“Poder-se-ia cogitar que se trata de responsabilidade objetiva, o que independeria de culpa, com fundamento do Código de Defesa do Consumidor, embora a Lei nº 8.078 tenha sido editada somente em 1990.”

Ele passa aí a dizer quais são os pressupostos da responsabilidade civil e diz que, mesmo à luz do Código de Defesa do Consumidor, naquele caso abordado, não se configurava o dever de indenizar.

Diz ainda o Dr. Ângelo: “De início, verifico que defeito no produto não há – ‘O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes entre as quais... II – O uso e os riscos que razoavelmente se esperam...’ (art. 12, § 1º do CPC). O cigarro está excluído do regime jurídico da responsabilidade por acidente de consumo porque possui um risco inerente. Trata-se de produto que intrinsecamente implica perigo à saúde, na medida em que constitui fator de risco de inúmeras doenças, o que é de conhecimento público há décadas e vem sendo advertido aos consumidores nos últimos anos. O consumidor conhece e é advertido dos males do tabaco. Assim, os riscos à saúde são razoavelmente esperados pelo consumidor, razão pela qual não há que falar em defeito no produto. Lícito afirmar que o cidadão possui o livre arbítrio de fumar cigarros ou deixar o vício, utilizando apenas a sua força de vontade.

“Entendo, por outro lado, não estar comprovado o nexo de causalidade entre o fumo e o câncer que acometeu o demandante.”

Depois de transcrição da sentença, referi que a Egrégia 5ª Câmara Cível, por sinal integrante do nosso 3º Grupo Cível, ao julgar a Apelação Cível nº 70006270508, em sessão de 18-09-03, o fez conforme a seguinte ementa: “Responsabilidade civil. Dano material e moral. Uso de cigarros...”.

Adiante, sobre o mérito, diz a ementa do eminente Des Leo Lima: “Imputação de ato ilícito desacolhida, por haver, de parte das demandadas, apenas o exercício regular de um direito reconhecido, seja na produção e comercialização de cigarros, seja na publicidade de suas marcas, à luz do art. 160, I, do Código Civil de 1916, então vigente, circunstâncias que,

mesmo diante do teor do art. 159 do referido Código, descartam a possibilidade de culpa das demandadas, e o nexo de causalidade entre a conduta das mesmas e o uso de cigarros pelo autor, aliado às doenças contraídas. Inexistência de publicidade enganosa e impossibilidade de inversão do ônus da prova, à vista dos art. 6º, VIII, 37 e 38 do CDC”.

Destaquei naquela oportunidade esse brilhante voto do Des. Leo Lima, do qual transcrevi trechos porque então eu era o Relator, mas o voto do Des. Lima foi acompanhado pelos eminentes Desembargadores Marco Aurélio dos Santos Caminha e Clarindo Favretto, que por uma dessas circunstâncias não integram mais o nosso 3º Grupo Cível, o Des. Caminha é 3º Vice-Presidente e o Des. Clarindo Favretto aposentou-se.

O acórdão do Des. Leo Lima, que está disponível no *site* do Tribunal, é brilhante. Disse lá o Des. Leo Lima, e se aplica ao caso: “O autor passou a fumar e continuou fumando por sua livre e espontânea vontade, por seu livre arbítrio, não por ser induzido a tanto em razão da publicidade das marcas de cigarro produzidas e comercializadas pelas demandadas”.

Mais adiante disse o Des. Leo Lima: “Aliás, pelas reiteradas advertências em publicidade de que fumar faz mal à saúde, de que isso já era, há muito tempo, público e notório, parece que haveria muito mais razão para não se fumar, ou para se deixar de fumar, do que para se iniciar em tal progressivo caminho de indubitável abalo à saúde.

“Sustentar no caso em exame” – digo lá como aqui – “que o autor restou viciado com a nicotina e que, por sua dependência física e mental, não teve forças para se livrar de tal vício, não encontra respaldo sério na experiência comum.” E por aí segue.

Mais adiante, disse o Des. Leo Lima: “Mesmo à luz do Código de Defesa do Consumidor e considerando, é claro, a época de sua entrada em vigor, não há como prosperar a pretensão indenizatória do autor”.

Depois, ele cita o art. 9º e uma doutrina de Zelmo Denari, que diz, em seu Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 7ª Ed., 2001: “Os fabricantes de cigarro vêm cumprindo de forma satisfatória a exigência legal de informar a respeito da nocividade do produto e dos riscos inerentes ao respectivo consumo”.

Disse o Des. Leo Lima: “Pelas considerações aqui externadas, não se mostra plausível considerar, à vista do art. 37 do CDC, que as demandadas realizaram publicidade enganosa, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o autor, a respeito da natureza, características, qualidade, propriedades e quaisquer outros dados sobre o produto insalubre”.

Depois, naquele voto, em março, frisei que “não ignorava o teor do acórdão relativo à Apelação Cível nº 70000144626, julgada em 29 de outubro próximo passado, em que o recurso foi provido em parte por maioria”. Porém, na ocasião, eu disse que, com a vênia da douta maioria que se formara lá naquele recurso, eu estava com a posição da culta, inteligente e operosa Juíza, Substituta de Desembargador, Dra. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, e dei destaque a um trecho do seu voto, que diz o seguinte; “Não há atividade ilícita a ser impingida à ré, do contrário. A atividade da demandada é lícita, como lembrado pelo ilustre parecerista Galeno Velhinho de Lacerda, protegida pelo art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal.

“O cultivo do fumo, sua industrialização, comercialização e publicidade são atividades lícitas e amplamente regulamentadas, insuscetíveis de gerar a responsabilidade da ré como insistentemente gizado no memorial da co-demandada Souza Cruz S. A., sendo que a publicidade que gravita em torno do consumo (e aquisição) de cigarros jamais poderá ser taxada de enganosa ou abusiva.”

E lá, naquele voto, eu disse que não calhava a alegação do apelante, naquele caso, de que se cuidava de responsabilidade objetiva e que caberia às demandas, para eximirem-se do dever de indenizar, o ônus de provar culpa exclusiva do autor. Lá disse, com todas as letras, que, na minha ótica, não há falar em casos desta natureza em responsabilidade objetiva.

Por essas razões, já muito alongadas, peço mais uma vez vênia ao eminente Relator para divergir do seu voto e confirmar integralmente à sentença.

Des. Artur Arnildo Ludwig - Complexa e um tanto controvertida a matéria, mas da leitura e sopesando a prova dos autos, tenho que o pleito do autor, hoje, já falecido, merece prosperar.

Ao que se constata, o demandante começou a fumar aos 16 (dezesseis) anos de idade, estimulado pela imagem criada através dos

veículos de comunicação e, em virtude dos efeitos tóxicos do fumo, acabou por causar-lhe várias enfermidades graves e irreversíveis, que veio, posteriormente, a ocasionar sua morte.

Resumidamente: em meados de dezembro de 1989 sofreu um enfarte agudo por falta de oxigenação adequada, pois o coração enfraqueceu seus batimentos. Após, teve broncopneumonia grave, seguindo-se uma série de exames que constataram ter, o requerente, reduzidíssima capacidade em seus pulmões. Posteriormente, averiguado o enfisema pulmonar.

A prova colacionada, especialmente, as propagandas efetuadas pela ré, SOUZA CRUZ, dão conta das alegações da exordial, demonstrando que fumar era charmoso e sinônimo de *status*. Saliento que colacionada revista com a propagando do cigarro já em 1963.

Os documentos de fls. 161 a 218 trazem à evidência a similitude entre o tabaco e as drogas em geral, a dificuldade em parar de fumar, a dependência, os problemas e doenças causadas pelo fumo.

Através da declaração do Dr. Ciro Carlos Simoni (fl. 219) há demonstração de que o autor *“foi tabagista por longos anos e que hoje encontra-se em quadro bastante avançado de Enfisema Pulmonar, doença que o deixa extremamente debilitado, exigiu diversas internações hospitalares, nos últimos quatro anos, além de provocar Osteoporose e Diabete em função do extenso período de tratamento à base de corticóide.”*

No mesmo sentido, está o atestado de fl. 220, onde se verifica que o autor é portador de doença broncopulmonar obstrutiva crônica grave com predomínio de enfisema pulmonar, este datado de 04 de março de 1996.

Os demais documentos trazem a conclusão de que o autor, em agosto de 1994, apresentava: esclerose valvar aórtica, hipertensão arterial pulmonar, disfunção diastólica do V.E. com função contrátil preservada.

As fotografias de fls. 254/257 também provam o estado de saúde do autor e a necessidade de respirar com oxigênio.

Ademais, a doença apresentada pelo autor, chamada doença obstrutiva crônica (DPOC) inclui uma seqüência de problemas pulmonares e bronquite crônica e, em geral, é oriunda do fumo.

A Equipe do ABC Saúde esclarece o que é e como se desenvolve a doença:

“A doença pulmonar obstrutiva crônica é uma doença crônica dos pulmões que diminui a capacidade para a respiração. A maioria das pessoas com esta doença apresentam tanto as características da bronquite crônica quanto as do enfisema pulmonar.

...

A DPOC se desenvolve após vários anos de tabagismo ou exposição à poeira (em torno de 30 anos), levando a danos em todas as vias respiratórias, incluindo os pulmões. Estes danos podem ser permanentes. O fumo contém irritantes que inflamam as vias respiratórias e causam alterações que podem levar à doença obstrutiva crônica.”¹

Destaco que está comprovado o nexos causal entre a impropriedade para o consumo do produto oferecido pela ré e o dano causado pela sua utilização ao autor, consubstanciado no desenvolvimento da doença supra referida.

Na realidade, o autor nem ao menos teve a possibilidade de escolha em assumir o risco de desenvolver qualquer doença, porquanto sequer tinha conhecimento dos problemas que poderiam ser causados pelo uso do cigarro.

Corroborando o entendimento, o fato de que até o ano de 1990 a empresa ré apesar de conhecer os efeitos nocivos do cigarro nada esclareceu aos consumidores e possíveis usuários.

E, mais grave, o intuito da empresa demandada era o lucro, a venda do produto independente de suas consequências, basta observar que conhecia os malefícios do produto oferecido².

O falecido, efetivamente, foi provocado a consumir os cigarros em sua adolescência pela massiva e indutiva publicidade realizada pela fabricante.

¹ Disponível em: <http://www.abcdasaude.com.br>. Acesso em: 2 de junho de 2004.

² Disponível em: <http://www.inca.gov.br/tabagismo/atento/index.html>. Acesso em: 2 de junho de 2004.

Destarte, tenho que devida a indenização pelo dano material, moral e lucros cessantes, porquanto comprovado que o demandante laborava mesmo após a sua aposentaria, impondo-se a condenação da ré ao pagamento do valor dos salários percebidos pelo autor, da sua demissão à data de seu falecimento, devidamente corrigidos e acrescidos de juros de mora, consoante o voto do Relator.

Com estas breves considerações, acompanho, na íntegra, o voto do Em. Relator.

Apelação Cível nº 70000840264: rejeitaram a preliminar de prescrição, e, por maioria, deram provimento em parte ao recurso.

Julgador de 1º Grau: MARCELO CESAR MULLER