



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO  
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA  
REGISTRADO(A) SOB N°



\*02022558\*

*Jurisprudência*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO nº 379.261-4/5-00, da Comarca de SÃO PAULO, em que é apelante SOUZA CRUZ S.A. sendo apelada MARIA APARECIDA DA SILVA:

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

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

São Paulo, 08 de outubro de 2008.

**JOAQUIM GARCIA**  
Relator Designado



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**VOTO Nº: 15659**  
**APELAÇÃO CÍVEL Nº: 379.261.4/5-00**  
**COMARCA: SÃO PAULO**  
**APELANTE : SOUZA CRUZ S.A.**  
**APELADO : MARIA APARECIDA DA SILVA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)**

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

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

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

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

Recurso tempestivo, preparado e respondido Agravo retido reiterado



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2

É o relatório

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

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

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

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

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

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

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

Neles se destacam o amplo conhecimento dos fabricantes sobre os efeitos viciantes que a nicotina exerce nos fumantes e como se



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3

aproveitaram desse conhecimento para sustentar e aumentar a venda de cigarros, assim como omitir os resultados das pesquisas internas que geraram as informações sobre a nocividade e dependência provocada pelo tabagismo

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

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

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

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

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

Segundo a pesquisa de tratamento da dependência da nicotina, “a visão do comportamento do fumar como dependência de droga



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4

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

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

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

A dependência química é uma das doenças psiquiátricas mais frequentes da atualidade. No caso do cigarro, de 25% a 35% dos adultos dependem da nicotina. A prevalência da dependência do álcool no Brasil é de 17,1% entre os homens e de 5,7% entre as mulheres, segundo o 1º Levantamento Domiciliar Sobre o Uso de Drogas Psicotrópicas no país, realizado em 2001 pela *Universidade Federal de São Paulo (Unifesp)*. O estudo revelou que quase 20% dos entrevistados já haviam experimentado alguma droga que não álcool ou tabaco. Entre ela, destacaram-se a maconha (6,9%), os solventes (5,8%) e a cocaína (2,3%).

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



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

5

algumas madeiras resinosas. Ele provoca a obstrução dos pulmões e perturbações respiratórias, além da dependência do tabaco e várias doenças associadas ao seu consumo”

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

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

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

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

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

( omissis )

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

A farmacologia não conhece droga que cause tamanha dependência química.

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

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

Em inúmeros julgados a jurisprudência reconhecia a improcedência de demandas semelhantes por não restar caracterizado o nexo



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

6

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

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

"A doença de Buerger (tromboangeíte obliterante) é a obstrução de artérias e veias de pequeno e médio calibre por **uma inflamação causada pelo tabagismo**. Essa doença afeta predominantemente os indivíduos do sexo masculino, tabagistas e com idade entre 20 e 40 anos. Apenas 5% dos indivíduos afetados são do sexo feminino. Embora não se conheça exatamente a causa dessa doença, apenas os tabagistas são afetados e a persistência do vício agrava o quadro. O fato de apenas um pequeno número de tabagistas apresentar a doença de Buerger sugere que algumas pessoas são mais suscetíveis. No entanto, não se sabe a razão pela qual nem como o tabagismo causa esse problema (negritei).

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

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

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

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

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

Ademais, a autora sofreu sérios transtornos psíquicos, inclusive com acompanhamento psicológico até a aceitação de sua condição de



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

7

amputada e bom treinamento com as próteses, conforme atestado no relatório médico (fls 15/17)

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

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

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

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

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

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

Logo, ao invés de se tomar como ponto desfavorável à paciente, deve o Judiciário fazer uso do poder discricionário conferido para





# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

8

alertar as instituições de saúde, ainda que a título de sugestão, a fim de se efetivar certos procedimentos como prática usual para o bom desempenho da medicina e melhor atendimento à população. Assim como o faz, em crítica velada, ao defender as indústrias fumageiras, condenar o Estado pelo recebimento de impostos e desproteger o consumidor por pagar o preço, mais impostos, pelo produto notadamente prejudicial à saúde, mas que chega legalmente ao mercado, como dito. Pode-se e deve ser feito não só nessa área como também em outras que envolvem o cidadão comum, quase sempre prejudicado por falta de orientação e de conhecimento.

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

Cumprido ressaltar, ainda, que os diferentes diagnósticos contidos no prontuário não se revelam contraditórios ou dissociados da patologia diagnosticada a final (TAO), nem caracteriza ineficiência do serviço médico prestado como acima tão-somente exemplificado. Comum, também, se diagnosticar outros males, menores ou não, antes ou até o descobrimento de patologia mais ou menos grave, ou completamente diferente, muitas das vezes sem qualquer relação direta entre si. A evolução ou mudança do quadro clínico no decorrer da averiguação ou do tratamento em andamento revela-se natural e corriqueiro, e não pode refletir como causa excludente da moléstia aqui constatada, como quer fazer crer o nobre Relator ou como eventual agravante para reforçar sua tese de exclusão do dever de indenizar.

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

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

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



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

9

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

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

Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso

Assinatura manuscrita de Joaquim Garcia, escrita em tinta preta.

**JOAQUIM GARCIA**

Relator



**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Voto n. 17.124 – 8ª Câmara de Direito Privado**  
**Apelação n. 379.261-4/5 – São Paulo**  
**Apelante: Souza Cruz SA**  
**Apelada: Maria Aparecida da Silva**  
**Relator: Des. Silvio Marques – Voto nº 17.613**  
**Revisor: Des. Joaquim Garcia – Voto nº 15.659**

**DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR**

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

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

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

Recentemente, na edição de 26 a 28 de setembro de 2008, o **Diário de Notícias** (repetida pela **Folha** de 29), em sua p. 12, trouxe a confirmação deste fato, ao informar que astros consagrados foram usados pelas empresas de tabaco, mediante o pagamento de



2

# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

milhões de dólares, “para dar uma imagem de ‘glamour’ ao cigarro”, conforme resultado de pesquisa, dirigida pelo professor STANTON GLANTZ, do Centro de Pesquisa e de Educação sobre o Controle do Tabagismo da Universidade da Califórnia, que teve acesso a contratos entre produtores de cigarro e astros de Hollywood, a partir do final dos anos 20, “até a chegada da TV, nos anos 1950”. O estudo, financiando pelo Instituto Nacional do Câncer Grant, transcrito pela revista britânica especializada, *Tobacco Control*, afirma que: **Somente a American Tobacco pagou, no final de 1930, o equivalente hoje a US\$3,2 milhões aos astros do cinema para relacioná-los aos cigarros Lucky Strike.**

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

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

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

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

17117 - AD



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

às festas da vida escolar, e no invio caminho, em direção à morte.

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

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

A questão da **tromboangeíte obliterante** (TAO) tem sido reconhecida por clínicas especializadas como: *doença exclusiva de usuários/de*



4

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

*tabaco e a maior incidência em mulheres nos últimos anos pode decorrer do maior uso de cigarros (...) Não há fator causal claramente elucidado, o fato é que o uso de tabaco é condição básica para o diagnóstico, mas não se sabe exatamente se é o causador ou desencadeador da doença. O certo é que, com certeza, o indivíduo deve ter um componente qualquer que, interagindo com o fumo, desencadeia a doença - g.n. ([http://www.fluxo.com/saude\\_vascular/tromboangeite.html](http://www.fluxo.com/saude_vascular/tromboangeite.html)) .*

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

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

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

***O projeto do Ministério da Saúde de aumentar o preço do cigarro para reduzir o consumo bateu numa barreira. A Receita Federal não quer abrir mão de seu papel de criador da política tributária. A Receita acredita que um aumento forte***



**de preços, da ordem de 100%, por exemplo, elevaria ainda mais o mercado ilícito de cigarros.**

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

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

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

Na mesma reportagem é citada a economista norte-americana, HANA ROSS, que estuda



6

**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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

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

c. Ainda do mesmo diário, em 3 de abril de 2008, p. **A 15**, extrai-se, de notícia reproduzida pela *Associated Press* e *The Independent*, que: *Três grupos internacionais de cientistas (França, Islândia e Reino Unido) identificaram pela primeira vez um conjunto de variações genéticas – todas no mesmo trecho do DNA humano – que aumentam o risco de câncer de pulmão nos fumantes. A descoberta mostra que algumas pessoas têm predisposição hereditária ao câncer, o que as torna mais vulneráveis aos efeitos danosos do tabaco. As conclusões mais expressivas são: Esse gene é como uma praga dupla (...) torna você mais suscetível a ser dependente de cigarro*





7

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

*e menos suscetível a parar de fumar, diz CHRISTOPHER AMOS, professor de epidemiologia no M.D. Anderson Cancer Center, nos EUA. Ao que interessa ao caso em exame é que: Mesmo que um subgrupo de pessoas seja tido como 'resistente' aos efeitos do fumo no desenvolvimento do câncer de pulmão, é improvável que essas pessoas também estejam protegidas contra doenças cardíacas e obstrução pulmonar, escreveram Stephen Chanockis, do Instituto Nacional de Câncer dos EUA, e David Hunter, da Universidade de Harvard;*

**d.** A propaganda enganosa permite-se alianças do tipo denunciado por recentíssima notícia na mesma **Folha**, em 22 de setembro, quando a *Philip Morris* e a Souza Cruz (*British American Tobacco*) concluíram que não poderiam aparecer “aos olhos da opinião pública para contestar a campanha”, a partir de decreto de Prefeito de São Paulo, em 1995, que proibia o fumo em bares e restaurantes, visto que poderia se expandir para outras cidades, razão de se aliarem com a Associação Brasileira de Gastronomia, Hospedagem e Turismo, em texto, localizado numa ata de reunião da *Philip Morris* brasileira, quando a empresa decide patrocinar um programa chamado “Convivência em Harmonia”, iniciado em 1990, sob o nome de “*Accommodation Program*”, sendo que nos EUA foi escolhida a *International Hotels Association* para respaldar a iniciativa, à qual associou-se a *British American Tobacco* (Souza Cruz). Apenas a título de curiosidade, **a Souza Cruz afirma ser legítimo “o trabalho em conjunto com parceiros comerciais, como entidades de classe, na busca de soluções que acomodem os direitos de todos os públicos envolvidos”** (g.n.), sem explicar como seria buscar acomodação para as doenças e morte produzidas pelo vício do fumo, enquanto que a *Philip Morris* lançou nota onde, contraditoriamente à sua própria atividade e propaganda, **confessa**: “ ‘apoiar a regulamentação do fumo em locais públicos’, já que ‘as autoridades públicas de saúde concluíram que **o fumo passivo causa doenças**’ ”, afirmando ainda estar de olhos postos no futuro, **ao invés de analisar o passado** (idem). A inconsistência do raciocínio agride aos mais mezinheiros princípios de saúde pública, posto que o passado se



8

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

constrói, por óbvio, sobre a infância e juventude do ser humano, logo, do consumidor precoce e inconsciente por associar o cigarro à felicidade, à realização, à segurança, etc, no dizer da pesquisadora americana, SUSAN LINN (**Folha**, de 24 de setembro de 2008, p. **C6**): *O marketing está relacionado à saúde pública e a problemas sociais. Ele não é a causa (única desses problemas), mas é um fator e leva a distúrbios de alimentação, à sexualização, a problemas relacionados com a violência juvenil e também a problemas familiares. Segunda pesquisas, **as crianças que têm mais valores voltados para o lado material (que associam a felicidade à aquisição de produtos) são menos felizes** (g.n.).*

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

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

Na seqüência, e ao contrário do pretendido pelo inconformismo de fls. 1212 e ss., o produto – cigarro – é nefasto à saúde pública, ao consumidor, conforme demonstrado nestes autos e por pesquisas internacionais, fato que, inclusive, é reconhecido por empresas fabricantes de cigarros, às quais não se escapa, por óbvio, a apelante. Afora

Apelação nº 379.261.4/5

17.117 - AD



9

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

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

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

De outro lado, decisões favoráveis na Jurisprudência não se constituem num Bill de indenidade para que se prossiga na propagação de doenças e da morte dos consumidores, a partir de produto reconhecido como vicioso e impróprio ao consumo e à Saúde Pública; ao contrário, a ausência de unanimidade faz com que haja constante crítica e adequação, para se atingir a verdadeira Justiça, através da diversidade de entendimentos entre juizes. Aliás, não foi de outro modo que se defendeu a Democracia em fases cruciais dos regimes ditatoriais, ou seja, apenas a minoria foi capaz de se opor a uma maioria, como hoje, atrelada aos ditames da propaganda e aos influxos do Capital.

Sofísticas ainda as doudas razões de apelo quando pretendem que, por ser de conhecimento público o uso nefasto do cigarro, não seria possível atingir-se o nexo de causalidade, por ser atividade do arbítrio da vítima. Esquece-



10

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

se, contudo, que plantar fumo, repita-se, pode não ser nefasto, nefasta é sua manipulação, no momento da industrialização, ao agregar substâncias químicas, ao mesmo tempo em que a propaganda maciça impede que sejam realmente conhecidas em seus efeitos colaterais, também como causadoras de moléstias e dependência, impedindo manifestação segura da livre escolha. Guardadas as devidas proporções, a mesma situação ocorre com os remédios, ministrados apesar das contra-indicações. Isto porque à divulgação de doenças se opõe a contra-divulgação maciça, omitidos aqueles resultados através de inúmeras considerações que se prestam a demonstrar que o consumidor está plenamente consciente dos malefícios, ainda que se veja obrigado ao consumo ou a obedecer a prescrição.

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

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

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

O livre arbítrio, tão apregoado, como se fosse dogma de alguma estranha e impossível religião do vício, já foi objeto de considerações, afastando-se a responsabilidade da vítima, submetida durante décadas à propaganda enganosa

17.117-AD



11

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

das virtudes do vício, quase impossível de interromper, ante a dependência, e que tem sido clinicamente reconhecido.

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

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

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

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



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

escravos inconscientes, seja da ideologia, da religião, dos hábitos, da propaganda!

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

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

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

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

Apelação nº 379.261.4/5

17.177-AD



13

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

tempo e indefinidamente, a industrialização e divulgação de produto capaz de ocasionar doenças incapacitantes e mortes.

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

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

  
**CAETANO LAGRASTA**



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**VOTO Nº. 17.613**

**DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO.**

**APELAÇÃO CÍVEL nº. 379.261.4/5**

**Natureza: INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS**

**Recorrente: SOUZA CRUZ S/A.**

**Recorrido: MARIA APARECIDA DA SILVA**

**Origem: SÃO PAULO**

**EMENTA.**

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

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

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

No prazo apela a vencida reiterando o agravo retido interposto contra a decisão de folha 1.014. No mérito alega que: 1) a responsabilidade

I

Apelação n 379 261 4/5 – São Paulo – v 17 613





# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pelo fato é exclusiva da apelada que, como qualquer pessoa do povo, sempre teve ciência dos riscos à saúde associados ao consumo de cigarros e usou de livre arbítrio para tomar a decisão de começar e continuar a fumar mesmo sabendo de seus males; 2) não há conduta ilícita da apelante pois a produção e comercialização do cigarro são atividades lícitas, autorizadas e regulamentadas pelo Poder Público; 3) não houve negligência na advertência dos riscos relacionados ao tabaco; 4) não há nexos causal entre o fumo e a doença que acometeu a apelada, sendo vários os fatores de risco que podem tê-la conduzido ao problema. Além disso, ela teria que provar, e não o fez, que foi fumante por vários anos, que só consumiu cigarros fabricados pela Souza Cruz e que o consumo dos cigarros foi a causa de suas moléstias.

Recurso respondido (fl.1.465).

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

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

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

Apelação n 379 261 4/5 – São Paulo – v 17 613

2



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

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

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

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

Agora o mérito.

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

A autora apelada teria sofrido amputação de ambas as pernas em razão de uma tromboangeite obliterante - TAO. Conforme farta literatura médica, essa moléstia, ou Mal de Buerger, é patologia na qual o tabagismo crônico é um dos aspectos mais consistentes. Alegando haver fumado cerca de 40 cigarros Hollywood por dia, por aproximadamente 30 anos, a apelada culpa a apelante pelo acometimento e agravamento da doença que culminou na amputação de suas duas pernas.



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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

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

Apelação n 379 261 4/5 - São Paulo - v 17 613



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ecocardiograma para pesquisa de fontes embolígenas" (fl. 903).

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

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

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



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

importantes, relativos ao diagnóstico inicial da doença são incompletos.

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

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

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

Apelação n 379 261 4/5 – São Paulo – v 17 613

6



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

causava, não pode dizer que foi induzida ou que fumou sem consciência do perigo.

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

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

DANO MORAL - Responsabilidade civil - Ex-fumante - Pretensão deduzida contra o fabricante do cigarro - Autor que fumou por cerca de cinquenta anos - Hipótese em que o demandante é pessoa instruída em que não se pode alegar ignorância quanto aos malefícios do fumo por falta de informações do fabricante - Obrigação de indenizar inexistente - Ação improcedente - Recurso não provido. (Apelação Cível n. 437 301-4/9-00 - São Paulo - 7ª Câmara de Direito Privado - Relator, Gilberto de Souza Moreira - 05/04/06 - V.U. - Voto n. 8337)

DANO MORAL - Responsabilidade Civil - Consumidora de cigarros - Uso que constitui ato de vontade do fumante não podendo gerar obrigação à requerida - Inexistência à época em que a autora aderiu ao vício de obrigação por parte da publicidade em informar acerca dos malefícios do fumo, que, inclusive já seriam de conhecimento público - Indenizatória por danos morais e estéticos improcedente - Recurso desprovido. (Apelação n. 259 216-4/2-00 - Araraquara - 3ª Câmara "A" de Direito Privado - 26/05/06 - Pel. José Augusto Gencibre Martins - v.u. - V. 590)



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano material e moral - Acidente vascular cerebral - Danos provocados pelo vício de fumar - Ausência de elementos reveladores que a ré tenha induzido o autor ao vício do cigarro - Indenização indevida - Decisão mantida - Recurso improvido. (Apelação Cível n. 178.976-4/2-00 - Campinas - 2ª Câmara de Direito Privado - Relator: Boris Kaufmann - 08/03/01 - V.U. - voto n. 11.149)

RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano moral - Doença provocada pelo fumo - Indução ao uso do cigarro por propaganda enganosa - Inocorrência - Informação sobre os malefícios do vício - Desobrigatoriedade à época em que a autora adquiriu o hábito de fumar - Hipótese, ademais, em que não comprovado o consumo exclusivo de cigarros da ré - Ação improcedente - Recurso não provido. (Apelação Cível n. 233.743-4/0-00 - Campinas - 10ª Câmara de Direito Privado - Relator: Carvalho Viara - 16/03/05 - V.U. - voto n. 472)

INDENIZAÇÃO - Ação movida por doente de câncer em face de fabricante de cigarros - Inexistência de prova de consumo exclusivo de produtos da ré - Inexistência de prova de nexos entre a doença e o tabagismo, apesar do truismo de que cigarro causa câncer - Adesão espontânea ao vício - Dever de indenizar não reconhecido - Ação improcedente - Recurso não provido. (Apelação Cível n. 110.454-4 - São Paulo - 4ª Câmara de Direito Privado - Relator: Narciso Oriandi - 22/02/01 - V.U.)

AÇÃO INDENIZATÓRIA - Interposição por doente de câncer na laringe contra fabricante de cigarros - Nexos causal entre a doença e o tabagismo não demonstrado, apesar do truismo de que o cigarro provoca tumores malignos e inexistência de prova de consumo exclusivo dos produtos da fabricante - Tabagismo, ademais, que não foi imposto ao autor, que aderiu espontaneamente ao vício Verba indevida (TJSP) - (RT 789/220)

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

Apelação n. 379.261.4/5 - São Paulo - v. 17.613

8



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

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

  
**Silvio Marques Neto**  
Relator