

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»
«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

1

Autos n° 058.04.000302-4

Ação: Indenização Por Danos Morais/Ordinário

Autor: Marilda Rocha Pessin e outros

Réu: Souza Cruz S/A

Vistos etc!

I. Relatório

Marília Rocha Pessin, Olga Cristina Rocha Pessin, André Luiz Pessin e Marcelo Pessin aforaram ação de responsabilidade civil c/c danos morais e patrimoniais em face de Souza Cruz S/A, todos qualificados a tempo e modo dizendo, resumidamente, que o marido da primeira e pai dos demais autores, Senhor Edison Pessin, veio a óbito em 05/09/2000, "*vítima dos males devastadores provocados pelo cigarro, tendo como causa mortis 'parada respiratória, insuficiência respiratória e enfisema pulmonar'*" requerendo, em apertada síntese, (i) a fixação de alimentos provisionais em favor da primeira e quarto requerentes, (ii) a procedência da ação com a condenação da demandada ao pagamento, em favor dos autores, de indenização: (a) a título de ressarcimento dos danos morais por eles experimentados, (b) a título de perdas e danos e lucros cessantes e (c) por danos patrimoniais (danos emergentes – luto, funeral, sepultamento, despesas médico-hospitalares), (iii) a determinação à requerida para que constitua capital necessário a assegurar o cumprimento das prestações vincendas, (iv) na hipótese de incumprimento da decisão respeitante aos alimentos, que se aplique pena cominatória, (v) seja condenada a demandada ao pagamento, de uma só vez, do valor dos alimentos referente às parcelas vencidas, computadas a partir do evento danoso, qual seja, a morte de Edison Pessin, devidamente corrigidas, (vi) que tudo sofra a incidência de correção monetária e juros legais, (vii) a aplicação do CDC, invertendo-se o ônus da prova. Juntaram documentos e valoraram a causa.

O pedido de antecipação de tutela restou indeferido (fl. 144), bem assim o concernente à gratuidade postulada (fl. 150), sendo as custas recolhidas (fl. 155).

Citação regular.

Resposta tempestiva apresentada pela empresa-ré em forma de contestação, fls. 163/254, requerendo a extinção do processo no que se refere ao pedido de reembolso das despesas médico-hospitalares, por inepto. No mérito, "*considerando: (i) que não cometeu, quer no fabrico, quer na comercialização ou na publicidade de seus produtos nenhum ato ilícito,*

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

2

pautando sua conduta pela mais estrita obediência à Lei e aos regulamentos em vigor; (ii) que o produto comercializado pela suplicante não é defeituoso para fins do CDC, não havendo que se falar, portanto, em responsabilidade pelo fato do produto; (iii) que a publicidade veiculada pela suplicante nada tem de enganosa ou abusiva; (iv) que não se pode estabelecer nenhum nexo de causalidade entre a propaganda veiculada pela ora suplicante e a decisão do Sr. Edison de começar a fumar, (v) que não há como provar o nexo de causalidade entre o dano alegado pelos autores e o suposto consumo de cigarros do 'de cujus'; (vi) que, em qualquer caso, houve culpa exclusiva do Sr. Edison que deliberada e conscientemente assumiu todos os riscos de sua conduta" requer seja julgada improcedente a ação e todos os pedidos formulados. Juntou documentos.

Réplica às fls. 964/972.

Nova manifestação da demandada, fls. 977/980, sublinhando que os tribunais pátrios, inclusive nosso C. TJSC, "*definitivamente não compactuam com a pretensão de fumantes, ex-fumantes e familiares de serem indenizados por conta de problemas de saúde imputados ao fumo...*". Requereu a produção suplementar de provas documentais e orais.

Despacho do insigne Magistrado de então, fl. 982, deixando de analisar o pedido ali especificado, pois que objeto de decisão anterior.

Decisão do ilustre Magistrado Substituto, fls. 988/989, afastando o pedido de extinção do feito (respeitante ao reembolso das despesas médico-hospitalares), por inépcia, e designando data para audiência de instrução e julgamento.

Manifestação da demandada, fls. 1007/1008, juntando cópia de decisão (acórdão) que entende pertinente.

Embargos de declaração apresentados pela demandada, fls. 1038/1041, acolhidos pelo ínclito Magistrado da época, às fls. 1043/1044.

Juntada de documentos pelos autores, fls. 1048/1064.

Agravo retido apresentado pela demandada, fls. 1068/1072, sendo mantida a decisão (fl. 1075). Sobre o agravo retido, manifestou-se a parte autora, fls. 1078/1080.

Petição da demandada, fls. 1088/1091, tocante aos documentos juntados pela parte autora.

Documentos juntados pelo Hospital Dona Helena e outros, às fls.

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»
«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

3

1108/1177.

Manifestação da demandada, fls. 1190/1198, concluindo pela inexistência, em sua leitura, "de nexos de causalidade direto e imediato entre o enfisema pulmonar – alegado como sendo a *causa mortis* do Sr. Edison Pessin – e o suposto consumo de cigarros fabricados pela suplicante, sendo essa mais uma razão, além das demais expostas na peça de bloqueio, de improcedência da demanda". Requereu a expedição de novos ofícios.

Assumi a titularidade efetiva desta 1ª vara em 18/02/2008 e em 07/03/2008 despachei às fls. 1242/1243, determinando a expedição dos ofícios solicitados.

Reiteraram os autores o pedido de tutela antecipada (fls. 1245/1246).

Declaração da Irmandade da Santa Casa da Misericórdia de Santos, fl. 1247, informando não possuir mais cópia do prontuário e do relatório médico de internação do paciente Edison Pessin, ano de 1958 eis que, passados mais de vinte anos, sem que se requeira acesso aos mesmos, são eles destruídos (Resolução do CFM nº 1331/89 e CCB).

Demais documentos médicos pertinentes ao tema juntados às fls. 1249/1257.

Manifestação da parte autora (fls. 1263/1264) e despacho meu, fls. 1266/1268, organizando/otimizando a prova dos autos. Ali (item "e"), deferi o pedido de inversão do ônus da prova.

Postulação da parte ré, fls. 1274/1283, indicando 4 (quatro) assistentes técnicos, quesitando, dizendo de seu interesse na realização da prova oral, manifestando-se sobre os documentos e dizendo-se, finalmente, "de mãos atadas" quanto o acesso aos documentos médicos do falecido.

Embargos de declaração, fls. 1287/1291, com juntada de documentos, apontando omissão quanto ao reconhecimento da hipossuficiência dos embargados e quanto ao alcance da inversão do ônus da prova. Juntou documento.

Decidi os aclaratórios às fls. 1318/1320, sobrevivendo agravo retido (fls. 1326/1346) interposto pela demandada.

Manifestação dos autores acerca do agravo retido, fls. 1377/1382.

Minha decisão, fl. 1383, mantendo a decisão agravada.

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

4

Ofício, fl. 1388, do Hospital São Lucas, informando da impossibilidade de localização dos documentos solicitados.

Outro ofício, este do Instituto de Radiodiagnóstico, fl. 1389, indicando também não manter qualquer espécie de prontuário médico, pois que se dedica tão-somente a exames complementares.

Ainda um ofício, do Hospital Ana Costa, fl. 1395, explicitando que os prontuários médicos do ano de 1978 foram descartados.

Despacho deste juízo determinando a apresentação de alegações finais e manifestação acerca dos ofícios acima referidos.

Alegações derradeiras pelos autores, fls. 1398/1422, repisando os argumentos e pedidos preambulares.

Manifestação da demandada, fls. 1430/1436, sobre os documentos (ofícios) acima. Às fls. 1438/1444 apresentou agravo retido, entendendo ter-lhe sido indeferido (implicitamente) o direito à prova oral e pericial médica indireta.

Alegações finais do demandado, fls. 1446/1480, ratificando não ter praticado qualquer ato ilícito no que se refere à industrialização, comércio e publicidade de cigarros, atividades lícitas e altamente regulamentadas pelo Poder Público. Anota que o produto comercializado é de periculosidade inerente, e não defeituoso (art. 12, CDC), obviando que os riscos associados ao seu consumo [do cigarro] são, há muitas décadas, por todos conhecidos e razoavelmente esperados. Inexiste qualquer irregularidade nas propagandas veiculadas pela suplicante, diz, sendo essa questão irrelevante para o caso, diante da constatação de que as pessoas não começam a fumar induzidas pela publicidade, não tendo sido comprovado o contrário no caso específico do *de cuius*. Restou configurada nos autos, de forma cristalina, a hipótese de culpa exclusiva da vítima, pois ao se iniciar o consumo de cigarros, mesmo ciente dos riscos e ao ter insistido nessa conduta, o *de cuius* avocou para si toda a responsabilidade. Diversas alegações autorais não foram comprovadas nos autos, especialmente a qualidade de consumidor do *de cuius*, o dano mencionado e o nexó de causalidade direto e imediato entre o dano alegado e o suposto consumo de cigarros fabricados pela Souza Cruz. Por todos estes argumentos, pugna pelo julgamento do feito, indeferindo-se os pedidos autorais. Juntou um sem-número de documentos (decisões judiciais, pareceres, recortes de jornais).

Re-ratifiquei minha posição no despacho de fls. 1997/1998, mantendo o entendimento no que concerne à impossibilidade/desnecessidade da prova pericial e depoimento pessoal dos autores, mas modificando minha decisão

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»
«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

5

anterior tocante à prova testemunhal, deferindo-a.

Este novo despacho restou irrecorrido.

Manifestação dos autores, fl. 2005, confirmando o interesse na oitiva de seus testigos já arrolados (a serem ouvidos por meio de carta precatória), acrescentando outras três testemunhas à fl. 2006, para serem neste juízo inquiridas.

A demandada, por seu turno, indica duas testemunhas as quais, mesmo residindo noutra comarca (Rio de Janeiro), disseram que compareceriam à audiência independentemente de intimação (fl. 2007).

Juntada, pela demandada, fls. 2024/2039, petição acompanhada de "parecer médico", o qual, em sua leitura, faz esboroar as teses autorais. Quanto à juntada do sobredito "parecer", insurgem-se os autores, fls. 2068/2069, por não se tratar de documento novo e, pois, extemporâneo, a teor do contido no artigo 396, do CPC. Entendem os autores, inclusive, que litiga a demandada com má fé, "buscando tumultuar o feito e dificultar um convencimento do magistrado".

Adiada a audiência de instrução e julgamento, fl. 2044, pois que a demandada requereu a oitiva inicial das testemunhas dos autores.

Testemunhas dos autores – Srs. Alcides Ribeiro dos Santos (fl. 2091), José Rubens Marino (fl. 2092), Sra. Nilza Fiori Marinho (fl. 2093), Sr. Wlademiro de Paulo (fl. 2094) e Sra. Esmeralda Freitas de Paulo (fl. 2095) – ouvidos por carta precatória, na Comarca de Santos/SP.

Também aqui ouvidos os testigos dos autores – Sra. Rosani Teresinha Borges de Ramos (fls. 2118/9) e Sr. Paulo Pereira (fls. 2123/2124), bem como a testemunha da demandada, Sr. Marcelo Kalischstein (fls. 2120/2122).

Na ocasião, decidi dois agravos retidos. Um interposto pela demandada, outro pelos autores (fls. 2115/2117). Como declararam as partes inexistir outras provas a serem produzidas, dei por encerrada a instrução, requerendo as partes, ainda, prazo para apresentarem suas alegações finais.

Comparecem os autores, às fls. 2128/2135, ratificando a peça já antes apresentada a título de alegações derradeiras. Sublinham, em breve apanhado, o que de importante se lhes apresentou a prova testemunhal, transcrevendo excertos desta e de julgado do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, entendendo presentes todos os requisitos para a

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

6

responsabilização da demandada à luz do Código de Defesa do Consumidor.

Alegações finais da demandada, fls. 2137/2254, com juntada de cópia de julgados do Superior Tribunal de Justiça que, em sua leitura, acolhem sua pretensão. Ratifica, ademais, as alegações finais já algures apresentadas. Repisa, também, o tema do livre arbítrio, anotando que a ciência de que fumar faz mal à saúde existe desde o período colonial e "tem sido muito repetida desde pelo menos os anos 40...". Relembra os documentos juntados com as alegações finais, acerca das propagandas comerciais envolvendo cigarro, associando-o a riscos à saúde (ao menos desde 1800). Analisa os julgados do STJ que junta. Ainda, discute a respeito do conjunto probatório, dando-o por deficiente (as testemunhas não provaram a marca de cigarro alegadamente utilizada pelo falecido na inicial – *hollywood*; as testemunhas não presenciaram o falecido fumando; a testemunha disse que ele, o falecido, fumava cigarro *continental*), sendo vedada a alteração da causa de pedir após a prolação do despacho saneador. Anota a inexistência de prova da alegada doença e donexo causal, trazendo a leitura de sua testemunha, Sr. Marcelo Kalischsztejn, tendo-o como "digno da maior credibilidade" (fl. 2148). Sublinha que a certidão de óbito não é suficiente para identificar a efetiva causa da morte do falecido, no caso concreto. Também não comprovado o nexocausal entre o consumo de cigarro e o enfisema, "pois a prova pericial, único meio adequado a tanto, foi indeferida" (fl. 2149).

Relato do essencial. Decido.

II. Fundamentação

1. Breve apresentação do tema, pelas partes

1.1. Argumentos e postulações dos autores - pretendem os autores, viúva e filhos do Sr. Edison Pessin, verem-se indenizados (alimentos, danos morais, perdas e danos e lucros cessantes, danos patrimoniais) pela demandada, indústria do tabaco, fabricante de cigarros supostamente consumidos por longos anos pelo *de cujus*, alegando ter o mesmo falecido (consta como *causa mortis*: parada respiratória, insuficiência respiratória e enfisema pulmonar) em razão dos males provocados pelo cigarro que consumia (pelo período de 50 anos), fabricado pela empresa-ré. Entendem presentes os elementos necessários à responsabilização pretendida.

1.2. Argumentos e postulações da demandada - o fundamento central da defesa refere, em primeiro plano, tratar-se o pedido dos autores de uma "aventura jurídica", pois não há qualquer resquício probatório a ligar os fatos. Ademais, "a verdade é que, assim como aconteceu com o Sr. Edison Pessin, as pessoas começam a fumar porque querem, cientes dos riscos associados

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

7

ao consumo de cigarros" (fl. 165). Lembra que o cigarro é um produto lícito. Quanto à inépcia do pedido de reembolso das despesas médicas, diz que tal valor deve ser certo e determinado, o que não ocorreu no caso dos autos. Elenca inúmeros precedentes sobre a matéria. Discorre, novamente, acerca da licitude da atividade fumageira, observando que "colocar produtos de periculosidade inerente no mercado – por si só – não gera responsabilidade" (fl. 180), e que vem seguindo, rigorosamente, a legislação em vigor, inclusive no que toca às informações ao consumidor. Discorre, também, sobre a "flexibilização dos conceitos de vício e de droga" e da "inexistência de defeito no produto – os riscos associados ao consumo de cigarros são por todos razoavelmente esperados" (fl. 193). Tece comentários a respeito da inexistência de propaganda enganosa ou abusiva, da inexistência denexo de causalidade entre a publicidade da ré e a decisão do Sr. Edison Pessin de começar a fumar, bem como da inexistência de comprovação cabal dos danos alegados (enfisema pulmonar e demais doenças – fl. 218). Destaca, também, que em seu entender, "o nexode causalidade entre o suposto consumo de cigarros e os problemas de saúde do *de cuius* não pode ser provado" (fl. 224), comentando acerca das inúmeras doenças mencionadas (enfisema, câncer, úlcera gástrica, pancreatite e derrames cerebrais). Entende a demandada que houve culpa exclusiva do Sr. Edison (fl. 236) e que é manifestamente descabida a inversão do ônus da prova (fl. 247). Repisa, também, o tema do livre arbítrio, anotando que a ciência de que fumar faz mal à saúde existe desde o período colonial e "tem sido muito repetida desde pelo menos os anos 40...". Relembra os documentos juntados com as alegações finais, acerca das propagandas comerciais envolvendo cigarro, associando-o a riscos à saúde (ao menos desde 1800). Analisa os julgados do STJ que junta. Ainda, discute a respeito do conjunto probatório, dando-o por deficiente (as testemunhas não provaram a marca de cigarro alegadamente utilizada pelo falecido na inicial – *hollywood*; as testemunhas não presenciaram o falecido fumando; a testemunha disse que ele, o falecido, fumava cigarro *continental*), sendo vedada a alteração da causa de pedir após a prolação do despacho saneador. Anota a inexistência de prova da alegada doença e do nexocausal, trazendo a leitura de sua testemunha, Sr. Marcelo Kalischsztein, tendo-o como "digno da maior credibilidade" (fl. 2148). Sublinha que a certidão de óbito não é suficiente para identificar a efetiva causa da morte do falecido, no caso concreto. Também não comprovado o nexocausal entre o consumo de cigarro e o enfisema, "pois a prova pericial, único meio adequado a tanto, foi indeferida" (fl. 2149).

2. Da inversão do ônus da prova, da alegada obliteração da prova pericial (indireta) pretendida pela empresa demandada e o não cerceamento de defesa

2.1. Relação de consumo: inversão do ônus da prova e a defesa do consumidor como dimensão protetiva da dignidade de pessoa humana.

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

8

Destaco, inicialmente, que nem mesmo a demandada discute tratar-se, na hipótese, de relação de consumo, tanto que seu ilustre procurador, o eminente jurista, autor de culta monografia respeitante ao direito processual civil internacional brasileiro e estimado colega professor, Doutor Orlando Celso da Silva Neto, em suas teses de bloqueio, argumenta justamente no sentido da inexistência de defeito de produto/fato do produto e da inexistência de propaganda enganosa, alertando para o fato de o produto comercializado (cigarro) possuir "periculosidade inerente", seguindo rigorosamente toda a legislação aplicável ao tema, inclusive aquela respeitante às informações ao consumidor. Logo, de forma hialina, percebe-se transparente admitir a defesa tratar-se de relação de consumo (fornecedor-produto-consumidor) sujeita, à obviedade palmar, ao Código de Defesa do Consumidor.

Se disso se trata [lembrando que o "direito do consumidor é um reflexo do direito constitucional de proteção afirmativa dos consumidores (art. 5º, XXXII e art. 170, V, da CF/88; art. 48 do ADCT-CF/88)" (Cláudia Lima Marques, Manual de Direito do Consumidor, RT, 2008, p. 24)], quer dizer, se se cuida efetivamente de direito fundamental (social) de segunda dimensão, elevado à condição de cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, CF/88), então a inversão do ônus da prova, no caso concreto, é mesmo medida imperativa e poderia, como cediço, ser aplicada inclusive (como de resto vem sendo admitido pelos Tribunais) quando da sentença, pois que a regra insculpida no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, é de "julgamento" (STJ, REsp 241.831-RJ, DJ 3/2/2003).

Sendo os autores (e quanto a isto há absoluto consenso) legalmente vulneráveis (e todo o consumidor o é) e técnica, econômica e informacionalmente hipossuficientes em relação à gigantesca empresa demandada, a inversão do ônus da prova é medida de justiça inafastável.

Demais, configuram-se direitos básicos do consumidor (CDC, artigo 6º), dentre outros, *a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a **inversão do ônus da prova**, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou **quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências*** (inciso VIII).

Destaco também que [e aqui acompanhando o saudoso Ministro Menezes Direito, um dos mais conceituados, elegantes e dignos Magistrados que este País já possuiu, quando ainda pertencente ao STJ, em seu voto proferido no REsp 422.778/SP (julgado em 19/06/2007)], para mim, trata-se de **inversão legal/responsabilidade objetiva** (e não judicial), incumbindo à demandada (e só a ela) provar a excludente de sua responsabilidade.

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

9

Também é esse o entendimento mais recente do Tribunal de Justiça Gaúcho, em feito no qual demandava, justamente, a mesma empresa Souza Cruz. Destaco: *Conforme constou no relatório, o falecido Luiz Vilmar Borges Pinto fumou desde os 12 anos, uma média de quatro maços de cigarro por dia, das marcas minister, continental e hollywood. (...) Faleceu em decorrência de insuficiência respiratória e 'câncer pulmonar', **restando provado que consumiu somente cigarros fabricados pela Souza Cruz. Pelo menos esta não fez prova em sentido contrário, como lhe caberia, eis que por se tratarem, as partes, de pessoas hipossuficientes frente ao poderio econômico da ré, a inversão da prova se impunha em favor dos autores*** (AC, nº 70007090798, 9ª CC, Comarca de Porto Alegre, rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga).

Logo, e deixo muito claro, a inversão do ônus da prova (seja legal – responsabilidade objetiva, seja judicial), no caso em apreço, é ampla, cabendo à demandada, como por ela sabido desde o início (tanto que a contestação tratou de defender os fatos, justamente, sob a ótica consumerista) e por mim decidido enquanto tramitava a ação (em que pese tratar-se de "regra de julgamento" – fls. 1263/1264), provar todos os fatos negativos alegados.

Por outro lado, no julgamento do feito não se pode esquecer, por ofensivo à ordem e ao sistema jurídicos, que um dos direitos fundamentais sociais, fundamentalíssimo, aliás, é o direito à saúde (arts. 6º e 196, CF/1988).

Nem se diga, por outra, que se trata de direito inoponível aos particulares, isto é, que se cuida de metaprincípio insculpido na Carta Maior somente para servir de norte (dirigismo) ao Estado ou, ainda, que não se pode invocá-lo em face da demandada, pois que aqui não se trataria de direito público subjetivo, mas de relação de natureza horizontal. Não é assim, todavia. Todo o moderno constitucionalismo aponta, sem receios, no sentido da aplicação das normas (regras e princípios) constitucionais também em face dos particulares (entre particulares). E nem poderia ser diferente, sob pena de inviabilizar a efetividade dos direitos fundamentais.

Bem por isso o Código de Defesa do Consumidor – CDC –, que é haurido na própria Constituição Federal (portanto, norma de ordem pública e de aplicação obrigatória) – artigo 5º, inciso XXXII, artigo 170, inciso V, CF/1988 e artigo 48, do ADCT-CF/1988 – prevê (artigo 6º), como **direito básico do consumidor a proteção da VIDA, SAÚDE e SEGURANÇA**.

Por outro lado, estatui o CDC que também a **INFORMAÇÃO constitui-se direito básico do cidadão-consumidor** (artigo 6º, inciso III), bem como a proteção contra a **PUBLICIDADE ENGANOSA** (artigo 6º, inciso

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

10

IV).

Transcrevo, por pertinente (Código de Defesa do Consumidor):

CAPÍTULO III

Dos Direitos Básicos do Consumidor

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - vetado;

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Desta forma, seguindo os princípios basilares da república e os ditames constitucionais que delimitam nosso ordenamento jurídico, fundamento minha decisão.

2.2. Perícia médica

Por outro norte, manifestou-se a demandada, fls. 1430/1436, sobre os documentos juntados e, às fls. 1438/1444, apresentando agravo retido, entendendo ter-lhe sido indeferido (implicitamente) o direito à prova pericial médica indireta (tendo inclusive quesitado e indicado 4 assistentes técnicos, fls. 1274/1283).

Quanto à perícia, destaco o contido no artigo 420, do CPC. Explicita o dispositivo: *A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação*. Como se nota dos 42 quesitos apresentados pela empresa demandada (fls. 1275/1279), nenhum deles, *concessa venia*, diz respeito a "exame, vistoria ou avaliação". Antes, referem-se, por exemplo, a existência (ou não) de documentos nos autos tocantes às alegadas doenças (úlceras, pancreatite, hipertensão, derrames – quesito 1) do Sr Edison, conceitos de "fator de risco" e "causa" (quesito 4), definição de doença pulmonar obstrutiva crônica (DPOC – quesito 6) e assim sucessivamente. Neste contexto, a "perícia" seria inútil, desnecessária, não se cuidando verdadeiramente de perícia, mas de "questionário" a ser respondido pelo experto, nada que já não conste das extensas manifestações defensivas e das explicações fornecidas pelo médico contratado pela defesa como testemunha. Portanto, como não se tratava de matéria a ser abordada por longa e dispendiosa perícia, seu indeferimento foi mais do que justificável.

De nosso Eg. Tribunal de Justiça, sublinho:

AGRAVO RETIDO. AÇÃO COMINATÓRIA. CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA. REQUERIMENTO DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO. LEGALIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 130 DO CPC. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. A realização de perícia, assim como o deferimento de quesitos, é uma faculdade atribuída ao Magistrado, porquanto a prova destina-se ao seu convencimento acerca da questão posta em Juízo, de forma que, se não os considerou pertinentes para o deslinde da quaestio, não se pode determinar a sua produção e anular a decisão sob o argumento de cerceamento de defesa. (AC nº 2003.006196-7, de Canoinhas, j. em 24/10/2007).

2.3. Do não cerceamento de defesa

Destaco, também, que não há falar em cerceamento de defesa. Todas as provas requeridas pelas partes foram deferidas, exceto a pericial, a qual se

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

12

me afigura absolutamente inútil e foi, ao fim e ao cabo, como pretendida a demandada, substituída pelo depoimento do médico contratado pela defesa e que serviu como sua testemunha. Basta, para tanto, comparar o extenso rol de perguntas apresentadas ao *expert* pela demandada, quando solicitava a perícia, com aquelas feitas na audiência ao médico contratado por seus advogados.

3. Decisão

Conta o feito com exatos 11 volumes e 2.254 páginas.

3.1. A sentença não é resposta a questionário das partes

Lembro, por oportuno, ser pacífico em doutrina e jurisprudência que a decisão judicial não se constitui, de forma alguma, mera resposta ao "questionário" das partes. Por outro lado, também evidente não ser possível ao julgador simplesmente desconhecer as teses apresentadas pelas partes e decidir ao seu talante. Deve, isto sim, demonstrar com clareza, seriedade e acuidade os contornos e fundamentos de seu *decisum*, sem que com isso se veja obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos autorais e defensivos.

No sentido de minha posição, destaco recente julgado do Eg STJ:

(...)

2. O julgador não está obrigado a responder todas as alegações das partes, tampouco a rebater um a um todos seus argumentos, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como ocorre na espécie. (AgRg no Ag 1015397 / RJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2008/0000427-9. Relatora em. Ministra Laurita Vaz. J. em 23/03/2010 e publ. no DJe de 12/04/2010).

3.2. "Aventura jurídica"

A expressão "aventura jurídica" é utilizada pela parte demandada para caracterizar os pedidos autorais.

Em minha visão, a deselegante expressão mais se presta a buscar desmoralizar o pedido dos autores do que ao enfrentamento sincero da questão.

De mais a mais, não se pode ter como "aventureira" a tese apresentada na peça proemial, pois que acompanhada pelo prestigiado e corajoso Tribunal

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

13

de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Estado de Minas Gerais, bem como do próprio Eg. Superior Tribunal de Justiça.

3.3. A posição do Eg. Tribunal Barriga-Verde em casos assemelhados

Em linhas gerais, possível afirmar que a defesa da demandada encontra conforto nas decisões proferidas por nosso Eg. Tribunal de Justiça, o qual firmou posição no sentido da não indenização dos consumidores (e de seus familiares) vitimados pelas doenças causadas pelo cigarro.

Em breve resumo, os fundamentos utilizados pelos eminentes Desembargadores dizem com o fato de ser do conhecimento comum o malefício causado à saúde pelo cigarro, sendo que as empresas tabageiras cumprem normas legais estritas acerca dos alertas necessários e, ademais, o início no vício pode ser resultado tanto da propaganda como de outros fatores, como a convivência com pais e amigos (Apelações Cíveis n.º 2005.029372-7, 2005.021834-1 2006.008308-8). Argumenta-se, também, que a atividade de produção e comercialização de cigarros é lícita, e que antes de 25/08/1988 (Portaria 190, do Ministério da Saúde), não havia norma que determinasse a divulgação de informações a respeito dos males que o cigarro provoca, não havendo qualquer responsabilidade das indústrias do cigarro relativamente aos fatos ocorridos sob o comando do CC/1916, por se tratar de exercício regular de um direito, atendido o princípio da boa-fé (Apelação Cível 2005.024267-2). Em idêntico sentido a decisão colegiada na Apelação Cível 2002.012964-5, entendendo-se que houve culpa exclusiva da vítima e que a empresa tabageira agiu no exercício regular do direito, uma vez que observou a legislação regulamentar da sua atividade.

3.4. Segundo a demandada, sua atividade é lícita, legal e regulamentada pelo Estado, o que implica na inexistência de seu dever de indenizar

Antes de perflustrar a prova dos autos e a presença, ou não, dos elementos necessários à responsabilização da demandada, mister enfrentar questão preambular pois, a depender da acolhida desta tese defensiva, despicienda a incursão pela prova testemunhal e documental.

Deveras, diz a demandada que não pode ser responsabilizada, uma vez que sua atividade é lícita, legal e vem fiscalizada pelos órgãos governamentais. Tal argumento encontra acolhida em nosso Eg. Tribunal de

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»
«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

14

Justiça Catarinense (Apelação Cível 2005.024267-2).

Penso em sentido diametralmente oposto, *data maxima venia*, filiando-me aos entendimentos abaixo, extraídos do TJRS, mais consentâneos com os sentimentos de justiça que entendo devam nortear meu julgamento.

Na verdade, como decidido pelo TJRS, ***"não se discute da licitude ou não do agir da empresa que fabrica o cigarro, pois se sabe que está a agir com a conviência da Federação e do Estado, que se beneficiam com o retorno de impostos. Ocorre que, para que haja responsabilização civil, a conduta não precisa ser necessariamente ilícita, deve ser uma conduta que causa dano a outrem. O que está em jogo não é a natureza jurídica da conduta das empresas fabricantes de cigarro, mas sim os danos causados por essa conduta, seja ela lícita ou não"***, na advertência de ADRIANA DO COUTO LIMA PEDREIRA (in *Responsabilidade Civil das Empresas Fabricantes de Fumo*, Ed. Forense, pág. 62) (TJRS, 9ª CC, AC 70007090798. Tania Regina dos Santos Pinto versus **Souza Cruz S/A**, j em 19/11/2003)".

No mesmo sentido, a **apelação cível n. 70000144626, do Tribunal Gaúcho:**

"Ainda que se considere que a propaganda e a dependência não anulem a vontade, o fato é que a voluntariedade no uso e a licitude da atividade da indústria não afastam o dever de indenizar. Desimporta a licitude da atividade perante as leis do Estado e é irrelevante a dependência ou voluntariedade no uso ou consumo para afastar a responsabilidade. E assim é porque simplesmente o ordenamento jurídico não convive com a iniquidade e não permite que alguém cause doença ou mate seu semelhante sem que por isso tenha responsabilidade. A licitude da atividade e o uso ou consumo voluntário não podem levar à impunidade do fabricante ou comerciante de produto que causa malefícios às pessoas, inclusive a morte. Sempre que um produto ou bem – seja alimentício, seja medicamento, seja agrotóxico, seja à base de álcool, seja transgênico, seja o próprio cigarro – acarrete mal às pessoas, quem o fabricou ou colocou no mercado responde pelos prejuízos decorrentes. Ante as conseqüências desastrosas do produto, como é o caso dos autos, que levam, mais tragicamente, à morte, não pode o fabricante esquivar-se de arcar com as indenizações correspondentes. Mesmo que seja lícita a atividade, não pode aquele que a exerce, cometendo abuso de seu direito, por omissão, ocultar as conseqüências do uso

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

15

do produto e safar-se da responsabilidade de indenizar, especialmente se, entre essas conseqüências, estão a causação de dependência e de câncer, que levaram a vítima à morte. E também não pode esquivar-se da responsabilidade porque sempre promoveu propaganda ligando o uso do produto a situações de sucesso, riqueza, bem estar, vida saudável, entre outras, situações exatamente contrárias àquelas que decorrem e que são conseqüências do uso de um produto como o cigarro. (...) Assim, pelo que se acabou de analisar, o problema, na verdade, não é a licitude, ou não, da atividade de fabricação e comercialização de cigarros, e nem a opção livre de consumo pelos adquirentes, mais recentemente com as advertências, inclusive dos malefícios, promovidas e determinadas pelo Governo. (...) Já prelecionava Silvio Rodrigues, na sua obra (in Direito Civil – Responsabilidade Civil, Ed. Saraiva, 17ª ed., 1999, vol. 4, p. 20), que "... a responsabilidade pode emergir de um ato ou omissão do agente que represente infração a um dever social. É possível que a atitude do agente não seja ostensivamente contra a lei, mas contra seu espírito. São os atos praticados com abuso de direito." (Grifos e sublinhados acrescentados).(...) Assim, mesmo que seja lícita a atividade, não pode aquele que a exerce, abusando do seu direito por omissão, ocultar as conseqüências do produto – como na hipótese do cigarro, a causação de dependência e de câncer – e, ao contrário, promover a propaganda ligando ao uso do produto as situações de sucesso, riqueza, bem estar, vida saudável, situações contrárias às que decorrem e que são conseqüências do produto. Concordo que ninguém – pelo menos quem quer vender um produto, como o cigarro – vai fazer propaganda dos aleijados, de um canceroso com o cigarro na boca, e que o Código de Defesa do Consumidor não pode eliminar todos os riscos. Isso nem a ciência pode. Pois **é exatamente por isto que entendo que a responsabilidade tem que existir: porque é lícito, porque é uma atividade normal da vida econômica e da sociedade massificada, é que alguém que fabrica e comercializa tem que responder pelos riscos e suas conseqüências. Essa é uma exigência da multifariedade cambiante da vida moderna em sociedade, como falava o Des. Nereu há pouco em seu voto no julgamento que a este precedeu sobre o mesmo assunto (Apelação Cível nº 70006964365), em que se desconstituiu a sentença de primeiro grau."**

Ainda do Poder Judiciário Gaúcho, recente decisão abordou com

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

16

precisão o tema:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE FUMANTE QUE INICIOU O VÍCIO DO TABAGISMO ANTES DA VIGÊNCIA DO CDC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FABRICANTE OU FORNECEDOR PELO FATO DO PRODUTO (ART. 6º, INCISO VI, 9º E ART. 12, DO CDC). DIREITO COMPARADO. PRESSUPOSTOS. DEFEITO DE PRODUTO INERENTEMENTE PERIGOSO EM RAZÃO DA VIOLAÇÃO DE UMA LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE SEGURANÇA CAPAZ DE PROVOCAR DANOS À SAÚDE DOS CONSUMIDORES. NEXO DE CAUSALIDADE SOB A PERSPECTIVA MÉDICA E JURÍDICA. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ EM RAZÃO DA OMISSÃO EM ALERTAR AOS CONSUMIDORES DE CIGARROS SOBRE OS CONHECIDOS DANOS À SAÚDE PELO ATO DE FUMAR PRODUTO INERENTEMENTE PERIGOSO. CONTRIBUIÇÃO DA VÍTIMA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. 1. AGRAVO RETIDO. (...) 2. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (DIREITO INTERTEMPORAL) (...) **3. A LICITUDE DA CONDOTA da ré, em fabricar e comercializar cigarros, não importa ao deslinde do feito, para o que imprescindível é examinar as particularidades do produto colocado no mercado, seja no plano interno, seja no plano externo. Os atos ilícitos, sem a intenção de esgotá-los, restaram configurados: (a) na omissão das fornecedoras de tabaco em informar, à época em que o adolescente iniciou a fumar, de maneira adequada e clara, sobre as características, composição, qualidade e riscos que o cigarro poderia gerar aos seus consumidores (vício de informação); (b) na publicidade insidiosa e hipócrita difundida há tempo pelas fornecedoras de tabaco, vinculando o cigarro a situações como sucesso profissional, beleza, prazer, saúde, requinte etc.; (c) no fato de as indústrias do fumo inserirem no cigarro substância que acarreta dependência aos seus utentes (nicotina), obrigando-os a consumir mais e mais o produto nocivo, não por uma escolha consciente, mas em razão de uma necessidade química.** 4. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR. (...) 5. DIREITO COMPARADO (...) 6. O CIGARRO COMO PRODUTO INERENTEMENTE PERIGOSO (...) 7. (...) 8. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ NA CONDOTA DA RÉ. (...) 9. QUANTUM INDENIZATÓRIO (...) "DESPROVERAM O AGRAVO RETIDO E O RECURSO DE APELAÇÃO, E DE OFÍCIO, FIXARAM OS JUROS MORATÓRIOS LEGAIS A PARTIR DA SENTENÇA. UNÂNIME." (**Apelação Cível Nº 70016845349**, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 12/12/2007)

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

17

Também no STJ, REsp 1.096.400/RS, relator eminente Ministro Massami Uyeda, publicado em 25/09/2009, reproduzindo julgado de Tribunal Estadual, localizei: **"A LICITUDE DA CONDUTA da ré, em fabricar e comercializar cigarros, não importa ao deslinde do feito, para o que imprescindível é examinar as particularidades do produto colocado no mercado, seja no plano interno, seja no plano externo. Os atos ilícitos, sem a intenção de esgotá-los, restaram configurados: (a) na omissão das fornecedoras de tabaco em informar, à época em que o adolescente iniciou a fumar, de maneira adequada e clara, sobre as características, composição, qualidade e riscos que o cigarro poderia gerar aos seus consumidores (vício de informação); (b) na publicidade insidiosa e hipócrita difundida há tempo pelas fornecedoras de tabaco, vinculando o cigarro a situações como sucesso profissional, beleza, prazer, saúde, requinte etc.; (c) no fato de as indústrias do fumo inserirem no cigarro substância que acarreta dependência aos seus utentes (nicotina), obrigando-os a consumir mais e mais o produto nocivo, não por uma escolha consciente, mas em razão de uma necessidade química".**

Com o devido respeito, penso que alguns estão a confundir atividades lícitas com "ato ilícito". Estamos, à obviedade palmar, diante de hipótese de responsabilidade objetiva, prevista expressamente no CDC. Portanto, como ensina o Prof. Fernando Noronha, "seria contraditório falar de ato ilícito gerador de responsabilidade objetiva" (Fernando Noronha, Direito das Obrigações, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 363). Deveras, de conformidade com a teoria da *ilicitude objetiva*, "ato ilícito [na acepção ampla] significa qualquer ação humana que não seja conforme com o direito". "A acepção ampla está mais de acordo com as raízes etimológicas de ilícito: no latim, foi do verbo 'licere', ser permitido, e da forma 'licet' (recorde-se o aforismo 'nom omne quod licet honestum est', nem tudo o que se permite é honesto), que derivou 'licitus', o que é permitido, e 'illicitus', o que é proibido, seja pela lei, seja pela moral. (Fernando Noronha, Direito das Obrigações, São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 361-2). E prossegue: "por isso, todos nós temos o direito de não sermos afetados por atuações de outras pessoas, ainda quando estas procedam com todas as cautelas exigíveis. Os riscos de cada atividade devem ficar com a pessoa que a realiza" (ibidem, p. 434). Pergunto: expor à venda produto, com intuito de lucro, sabendo dos seus malefícios à saúde do consumidor, pode enquadrar-se na categoria "conforme com o direito"? Se a resposta for positiva, adiciono: qual direito? E de quem?

Deveras, há inúmeras atividades lícitas que demandam reparação em caso de dano, independentemente da existência de culpa do demandado, com ocorre na hipótese de infecção hospitalar. Aqui, em que pese todo o esforço do nosocômio no sentido de desinfecção do ambiente hospitalar e mesmo em

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

18

se pautando o hospital em todos os protocolos internacionais de infectologia, providenciando a assepsia recomendada, em havendo contaminação do paciente, deverá ele, o hospital, e não o paciente-consumidor, "quebrar" onexo causal e demonstrar, cabalmente, que a infecção foi "adquirida" noutroulugar. De nada adianta, pois, para efeitos de responsabilização civil objetiva do hospital dizer que o paciente-consumidor sabia que poderia, ao adentrar no hospital, contrair a infecção, que ele (o paciente) fez conscientemente a opção, pois que poderia ter lido os cartazes existentes no local avisando dessa possibilidade e até exigindo "termo de consentimento" do paciente. Repito: a lícitude da atividade do hospital (salvar vidas) não o exime da responsabilidade de ressarcir as vítimas (responsabilidade objetiva) de infecção hospitalar. E em tais casos, a atividade hospitalar é por demais lícita, regulada, fiscalizada e tributada pelo Estado e, mesmo assim, em ocorrendo o dano e não "quebrando" o nosocômio o nexocausal, sua responsabilidade será objetiva. Veja-se, por todos, o acórdão prolatado pelo Eg. TJSC na AC nº 2009.074447-7, relator o eminente Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. em 15/06/2010.

E mais, na hipótese dos hospitais, ao contrário do que ocorre no caso ora em julgamento, vale frisar que em sua maioria sequer visam lucro, por se tratar de entidades filantrópicas/benéficas, o que não se verifica com a aqui demandada.

Portanto, *data maxima venia*, pouco importa, aqui, ser a atividade desenvolvida pela demandada considerada "lícita" pelo Estado.

3.5. Ainda de acordo com a defesa, o produto por ela comercializado – cigarro – não possui defeito, o que implica na sua não responsabilização

Outro argumento levantado pela defesa diz com a inexistência de defeito no produto "cigarro". Com o respeito merecido, minha posição vai de encontro ao entendimento da demandada, aproximando-se daquele esposado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, donde destaco:

O enquadramento legal do agir da ré incide na disposição do art. 12, par. 1º, do Código de Defesa do Consumidor, que considera o cigarro como produto defeituoso, visto não oferecer segurança que dele legitimamente se pode esperar, considerando-se a apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam. Washington Peluso Albino de Souza, em artigo publicado na Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial (Repositório de Jurisprudência

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

19

autorizado pelo STF, sob n. 004/85 e pelo STJ, sob n. 12 'Portaria n. 8/90', Ano 15, Outubro-Dezembro/1991, n. 58, artigo denominado: "Considerações a respeito do Código de Proteção e defesa do consumidor, pág. 106), ao tratar da 'responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, referida aos 'defeitos' e às informações insuficientes e inadequadas sobre a utilização e os riscos e responsabilidades do fabricante, do produtor, do construtor nacional ou estrangeiro e do importador", salienta que: "**Sua responsabilidade independe da existência de culpa e dela somente se eximem se houver culpa exclusiva do consumidor (art. 12, par. 3º, III), ou por não ter colocado o produto no mercado ou, se o fez, nele não existir defeito. "O comerciante pode ser o responsável, por ser o elemento habitualmente em contato com o consumidor, e na hipótese de não se identificarem os demais fornecedores da cadeia seqüencial de atividades".**

"Quanto ao defeito no serviço, o fornecedor é o responsável, também independentemente de culpa, à exceção dos profissionais liberais, cuja responsabilidade se apura mediante a verificação da culpa". (...) (TJRS, 9ªCC, AC 7000709098, Tânia Pinto versus Souza Cruz S/A, j. 19/11/2003).

Tem-se entendido, ainda (vide STJ, REsp 1.096.400/RS, relator eminente Ministro Massami Uyeda, publicado em 25/09/2009 – trecho contido no corpo da decisão do Tribunal de origem), que em matéria de proteção da saúde e segurança dos consumidores vige a noção geral da **expectativa legítima**, é dizer, a idéia de que os produtos e serviços colocados no mercado devem atender às **expectativas de segurança** que deles legitimamente se espera. Em primeiro lugar, exige-se que a **existência da periculosidade esteja em acordo com o tipo específico de produto ou serviço** (critério objetivo). Em segundo lugar, **o consumidor deve estar total e perfeitamente apto a prevê-la, ou seja, o risco não o surpreende** (critério subjetivo). O § 1º, do art. 12, do CDC, após salientar que só há responsabilidade civil do fornecedor se houver defeito no produto introduzido no mercado, dispõe, a título exemplificativo, que 'o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera'. Portanto, **o conceito de defeito não se relaciona propriamente com a inaptidão do produto para seus fins, mas, antes, com a violação de uma legítima expectativa de segurança, que é capaz de provocar danos aos consumidores. O fato de alguns tabagistas conseguirem largar o vício por conta própria ou com ajuda médica, não exclui a responsabilidade do fabricante, visto que o abandono do vício depende de fatores subjetivos e características individuais dos consumidores.** Entretanto, o

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

20

vício possui a mesma gênese para todos os tabagistas: o consumo de cigarros e o vício pela nicotina. Parar de fumar não significa que a nicotina não vicia ou que o cigarro não possui outros componentes que induzem o consumo de cigarros. A abdicação do vício pelo fumo não depende apenas de uma decisão do próprio fumante ou de sua autodeterminação. Desse modo, os riscos inerentes ao consumo do cigarro não são considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição (art. 8º do CDC), porquanto a expectativa dos tabagistas não é desfrutar de doenças associadas ao consumo de cigarro ou provocar a morte a longo prazo. Ao revés, pretendem obter a sensação calmante e prazerosa provocada pelo consumo de cigarros, estes sim considerados normais e previsíveis.

Portanto, com base em tais ensinamentos, insustentável o argumento defensivo.

3.6. A propaganda promovida pela empresa demandada não é abusiva nem enganosa e, consoante a tese defensiva, "começa - e continua - a fumar quem quer", respeitado o seu "livre arbítrio"

No entender da demandada, por outro lado, sua propaganda não é abusiva nem enganosa. Reitero meu mais profundo respeito ao culto Doutor Procurador, mas não percebo os fatos pelo mesmo ângulo.

De efeito, entende nosso Eg. Tribunal de Justiça que "o início no vício pode ser resultado tanto da propaganda como de outros fatores, como a convivência com pais e amigos (Apelações Cíveis n.º 2005.029372-7, 2005.021834-1 2006.008308-8).

Qualquer manual de *marketing* demonstra a fragilidade do argumento defensivo. **Philip Kotler**, seguramente o maior nome do *marketing* internacional, em seu último livro lançado no Brasil – *Marketing contra a pobreza*, Wharton School Publishing, 2010, p. 73 e p. 85), ensina:

Não basta simplesmente dizer a uma pessoa que um novo comportamento seria bom para ela. Cada maço de cigarro contém um alerta de que o fumo é prejudicial à saúde. Sabemos que isso não é suficiente. (...) Infelizmente, isso não é tão comum. Pensem no fato de que os alertas sobre o cigarro são colocados nos maços há décadas, mas a OMS – organização mundial da saúde – estima que 29% dos jovens e adultos (a partir dos 15 anos) de todo o mundo ainda fumam. Mídia – Noticiários e propagandas de entretenimento têm uma influência poderosa sobre os

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

21

comportamentos individuais porque moldam valores, estão associados a eventos e tendências atuais e criam normas sociais.

Da jurisprudência do TJRS nos vem:

*Ressalto, por fim, que a **propaganda enganosa** que as empresas de fumo praticam para a venda do cigarro, está amparada em Lei Federal específica de n. 9.294/96. No entanto, mesmo que tenham, as propagandas, as advertências malélicas provenientes do fumo e que são determinadas por tal lei, demonstram aos usuários e aos futuros usuários a vantagem em fumar-se, como que seus personagens realmente vivessem fumando e por isso seriam esbeltos e lindos. (...) Também não pode esquivar-se da responsabilidade porque **sempre promoveu propaganda ligando o uso do produto a situações de sucesso, riqueza, bem estar, vida saudável, entre outras, situações exatamente contrárias àquelas que decorrem e que são conseqüências do uso de um produto como o cigarro.** Ademais, aplica-se também ao caso dos autos o Código de Defesa do Consumidor, porquanto **a ocorrência do resultado danoso se deu em plena vigência do Regramento Consumerista, que é norma de ordem pública e de interesse social** (art. 1º do CDC), e por isso de aplicação imediata. O cigarro é produto altamente perigoso, não só aos fumantes como também aos não-fumantes (fumantes passivos ou bystanders). Assim, pelo que se acabou de analisar, o problema, na verdade, não é a licitude, ou não, da atividade de fabricação e comercialização de cigarros, e nem a opção livre de consumo pelos adquirentes, mais recentemente com as advertências, inclusive dos malefícios, promovidas e determinadas pelo Governo. Opção que, na verdade, sequer é livre, no caso do cigarro, nem mesmo com relação aos primeiros cigarros e tragadas, pois sempre há, e sempre houve, a já referida **propaganda apelativa, especialmente em relação aos jovens, além da irretorquível desgraça da realidade do vício decorrente da dependência química e psíquica.** Eis a ementa da **apelação cível n. 70000144626**, da lavra do em. Des. Cassiano, que bem resume a matéria posta acima, e que serve de primeiro precedente desta Câmara, ocasião em que tive a honra de acompanhá-lo: "**APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. TABAGISMO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO AJUIZADA PELA FAMÍLIA. RESULTADO DANOSO ATRIBUÍDO A EMPRESAS FUMAGEIRAS EM VIRTUDE DA COLOCAÇÃO NO MERCADO DE PRODUTO SABIDAMENTE***

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

22

NOCIVO, INSTIGANDO E PROPICIANDO SEU CONSUMO, POR MEIO DE PROPAGANDA ENGANOSA. (TJRS, 9ªCC, AC 7000709098, Tânia Pinto versus Souza Cruz, j. 19/11/2003).

Uma das teses defensivas diz com o livre arbítrio dos consumidores de cigarro. Numa palavra, entende a empresa ré que "**fuma quem quer**" e que, portanto, o Sr Edison era responsável pelos seus atos e deve sofrer as consequências possíveis, esperadas. Ademais, assim agindo, laborou ele (o Sr Edison), com culpa exclusiva.

Não me parece que assim seja. No sítio oficial do Instituto Nacional do Câncer – INCA – órgão ligado ao Ministério da Saúde, tido pela própria testemunha de defesa, o médico Marcelo Kalichsztein, como sério e de alta credibilidade, localizamos o seguinte texto ilustrativo:

Por que as pessoas fumam?

Vários são os fatores que levam as pessoas a experimentar o cigarro ou outros derivados do tabaco. A maioria delas é influenciada principalmente pela publicidade maciça do cigarro nos meios de comunicação de massa que, apesar da lei de restrição da propaganda de produtos derivados do tabaco sancionada em dezembro de 2000, ainda tem forte influência no comportamento tanto dos jovens como dos adultos. Além disso, pais, professores, ídolos e amigos também exercem uma grande influência.

Pesquisas entre adolescentes no Brasil mostram que os principais fatores que favorecem o tabagismo entre os jovens são a curiosidade pelo produto, a imitação do comportamento do adulto, a necessidade de auto-afirmação e o encorajamento proporcionado pela propaganda. Noventa por cento dos fumantes iniciaram seu consumo antes dos 19 anos de idade, faixa em que o indivíduo ainda se encontra na fase de construção de sua personalidade.

A publicidade veiculada pelas indústrias soube aliar as demandas sociais e as fantasias dos diferentes grupos (adolescentes, mulheres, faixas economicamente mais pobres etc.) ao uso do cigarro. A manipulação psicológica embutida na publicidade de cigarros procura criar a impressão, principalmente entre os jovens, de que o tabagismo é muito mais comum e socialmente aceito do que é na realidade. Para isso, utiliza a imagem de ídolos e modelos de comportamento de determinado público-alvo, portando cigarros ou fumando-os, ou seja, uma forma indireta de publicidade. A publicidade direta era

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

23

feita por anúncios atraentes e bem produzidos, mas foi proibida no Brasil. Com a Lei 10.167, que restringe a propaganda de cigarro e de produtos derivados do tabaco, esse panorama tende a mudar a médio e longo prazo.

Os resultados das medidas de restrição à publicidade no controle do tabagismo em vários países mostram que este é um instrumento legítimo e necessário para a redução do consumo.

*A promoção e o marketing de produtos derivados do tabaco junto ao **público jovem são essenciais para que a indústria do fumo consiga manter e expandir suas vendas. O tabaco é a segunda droga mais consumida entre os jovens, no mundo e no Brasil**, e isso se deve às facilidades e estímulos para obtenção do produto, entre eles o baixo custo. A isto somam-se a **promoção e publicidade**, que associam o tabaco às imagens de beleza, **sucesso, liberdade, poder, inteligência e outros atributos desejados especialmente pelos jovens**. A divulgação dessas idéias ao longo dos anos tornou o hábito de fumar um comportamento socialmente aceitável e até positivo. A prova disso é que 90% dos fumantes começam a fumar antes dos 19 anos de idade. **Seduzir os jovens faz parte de uma estratégia adotada por todas as companhias de tabaco visando reabastecer as fileiras daqueles que deixam de fumar ou morrem, por outros consumidores que serão aqueles regulares de amanhã.***

*Nos arquivos secretos oriundos de documentos internos de grandes empresas transnacionais do tabaco, finalmente revelados durante uma ação judicial movida contra elas por estados norte-americanos **crianças e jovens são descritos como "reservas de reabastecimento" e um dos principais alvos estratégicos, devendo se tornar dependentes do cigarro ainda cedo**. Além disso, os documentos comprovam que, apesar de a indústria do tabaco se posicionar publicamente de uma forma, suas **verdadeiras intenções são completamente opostas**.*

*Após a divulgação desses documentos e principalmente dos recentes avanços alcançados pela saúde pública no controle do tabagismo, a indústria fumígena passou a adotar um discurso conciliador visando reconstruir sua imagem. Essa **nova estratégia inclui o reconhecimento, em parte, dos riscos associados com o tabagismo**, o desejo de diálogo, a abertura para regulamentações "racionalis" e o envolvimento com projetos*

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

24

*sociais para transmitir ao público a idéia de empenho pelas causas sociais como o combate à pobreza, ao trabalho infantil e ao analfabetismo, além da defesa do meio ambiente. **Em 2003, a Souza Cruz foi premiada pela Câmara Municipal de São Paulo pela "atuação socialmente responsável" da companhia.***

*Por esses esforços, fica a impressão de que a indústria do tabaco é contra o consumo do tabaco entre os jovens e promove medidas supostamente dirigidas para prevenir o tabagismo para menores de idade, criando campanhas e utilizando a idéia de que "fumar é para adultos". Porém, **na verdade, ao apresentar o cigarro como "adulto" e "proibido", essas companhias buscam colocar sutilmente um importante ingrediente para reforçar o comportamento rebelde do adolescente, pois entre as principais motivações para o adolescente fumar são o desejo de se afirmar como adulto, sua rebeldia e a rejeição dos valores dos seus pais.***

***Essas estratégias funcionam de forma favorável aos interesses econômicos da indústria do tabaco.** São estratégias contraditórias, pois não mudam o interesse dos jovens em consumir cigarros nem reduzem o consumo do tabaco entre eles e ao mesmo tempo beneficiam o setor tabageiro.*

*O Estudo Global do Tabagismo entre os Jovens, realizado pela **OMS em 46 países**, revelou um **quadro alarmante de dependência prematura.** Em algumas áreas da Polônia, de Zimbábue e da China, **crianças de 10 anos de idade já estão dependentes do tabaco.** Os **adolescentes globalizados em Nova Iorque, Lagos e Pequim são vistos como alvos fáceis pelas multinacionais do tabaco.** Tendo em vista que as marcas globais são veiculadas na propaganda como um estilo de vida a ser almejado, elas tendem a ser consumidas em larga escala, levando metade de seus usuários habituais à morte.*

Insta observar que o Sr.Edison Pessin fumou cigarros por cerca de 50 (cinquenta) anos, começando a fazê-lo justamente na idade apontada pelo INCA (jovem, com **16 anos de idade**), como adiante se verá.

Conforme dados do Ministério da Saúde (sítio do INCA), item "susceptibilidade às drogas",

A nicotina vem sendo considerada a porta de entrada para

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

25

o uso de drogas ilícitas, pois, freqüentemente, os usuários de drogas como álcool e maconha revelam ter iniciado suas experiências consumindo cigarros. Esta afirmação faz parte do relatório anual do Ministério da Saúde dos EUA, publicado em 1992. Segundo o relatório, o hábito de fumar e a conseqüente dependência à nicotina geralmente se estabelecem na adolescência, ou mesmo antes, e são responsáveis por aproximar os jovens de outras drogas que causam danos à saúde.

Está comprovado que nas pessoas com faixa etária entre 12 e 18 anos a dependência à nicotina se instala mais fácil e fortemente, já que é nesta fase que ocorre a formação da personalidade e da consciência crítica e a construção da auto-estima. Os jovens formam suas crenças e incorporam hábitos e comportamentos da vida adulta, tornando-se, por isso mesmo, mais suscetíveis às mensagens veiculadas ao seu redor.

Esta suscetibilidade mais intensa na juventude fica evidente quando se compara, por exemplo, os dados sobre o número de fumantes no Brasil, em 1989. Na faixa etária entre 10 e 14 anos havia 370.000 fumantes enquanto que entre os jovens de 15 a 18 anos o número de fumantes era aproximadamente 600% maior, ou seja, 2.341.000 fumantes.

De acordo com o Ministério da Saúde - INCA, as pessoas começam e continuam a fumar "em decorrência da **publicidade ser dirigida principalmente aos jovens e fornecer uma falsa imagem de que fumar está associado ao bom desempenho sexual e esportivo, ao sucesso, à beleza, à independência e à liberdade. A maioria dos fumantes torna-se dependente da nicotina antes dos 19 anos de idade.** Conscientes de que a nicotina gera dependência, os fabricantes de cigarros gastam milhões de dólares em publicidade dirigidas aos jovens. Apesar da lei de restrição da propaganda de produtos derivados do tabaco, sancionada no Brasil em dezembro de 2000, as falsas imagens continuam influenciando fortemente no comportamento de jovens e adultos".

Ocorreu, no caso dos autos, aquilo que a boa doutrina intitula de ***indução culposa a contratar***. Tal se dá, conforme a ensinança do Prof. Fernando Noronha (Direito das Obrigações, 2ª ed, São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 449/450), *por meio de informações falsas, [o] cabe numa categoria mais ampla que se poderia chamar de ofensa à liberdade negocial; acompanhando Massimo Bianca [1984, p. 161], pode-se dizer que a liberdade*

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

26

*negocial é o direito da pessoa "ao livre desenvolvimento da sua autonomia negocial". Quando se fala em ofensas à liberdade negocial, que quase sempre serão ofensas à liberdade contratual, tem-se em vista a **violação**, na fase que antecede a conclusão de um negócio jurídico, **de deveres de informação relativos a fatos relevante para uma das partes e que eram do conhecimento da contraparte, ou mesmo de outra pessoa**. É necessário, evidentemente, que se trate de informação imposta pelos padrões de conduta prevalecentes. **A violação desses deveres pode ser feita de forma positiva ou negativa: num caso temos informações inexatas, no outro faltam as informações que deveriam ter sido prestadas**. A indução culposa a contratar consoma-se por intermédio de **informações falsas sobre elementos que sejam decisivos para fazer uma pessoa optar pela celebração de um contrato que para ela é desvantajoso**. Tal indução pode provir da outra parte ou de terceiros, podendo ainda ser intencional ou meramente culposa: é necessário distinguir essas hipóteses. Importa também frisar que a responsabilidade de que aqui se cogita é a civil geral, portanto diversa de uma eventual responsabilização pelo inadimplemento do negócio jurídico que tiver sido celebrado (responsabilidade negocial): **os danos indenizáveis no caso da responsabilidade por indução culposa a contratar são aqueles que o lesado não teria sofrido caso não tivesse celebrado o contrato**.*

Portanto, com o respeito merecido, insustentável a tese defensiva pois, nas condições postas, a propaganda levada a termo pela indústria do tabaco, aqui demandada, absolutamente agressiva em relação aos jovens consumidores (hipossuficientes), como era o caso do Sr. Pessin, não permitia o propalado "livre arbítrio". Além disso, a nicotina conscientemente adicionada em doses cada vez mais elevadas ao seu produto – cigarro –, causa dependência nos usuários/consumidores, conforme cientificamente comprovado, no exclusivo intuito de manter os elevados lucros da empresa ré. Nem se diga, por absurdo, que "larga o cigarro quem quer", e que o Sr. Pessin não deixou de fumar, mesmo sabendo dos riscos inerentes, simplesmente porque não quis. A assertiva é inconsistente, fazendo parecer que todos reagimos química e psicologicamente da mesma maneira quando submetidos aos mesmos estímulos. Tanto é inverídica a afirmação que o médico-testemunha da demandada confirmou que muitos dos seus pacientes são encaminhados para atendimento psiquiátrico, como coadjuvante no combate ao consumo de cigarros. Por que seria assim? Subestimar o poder perverso da nicotina no organismo humano é desconsiderar toda a verdade científica que envolve a comercialização dos cigarros.

3.7. Produto cigarro: periculosidade inerente?

Alega a empresa demandada que o produto comercializado

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

27

enquadra-se na categoria "**periculosidade inerente**".

Não se pode admitir a tese da "**periculosidade inerente**". Estes produtos (*unavoidably unsafe product or service*) trazem um risco intrínseco atado a sua própria qualidade ou modo de funcionamento. Embora se mostre capaz de causar **acidentes**, a periculosidade dos produtos e serviços, nesses casos, diz-se "**normal**" e "**previsível**" em decorrência de sua natureza ou fruição, ou seja, está em sintonia com as expectativas legítimas dos consumidores. Logo, um bem nestas condições não é defeituoso "simplesmente porque tem um risco inerente, Alguns produtos, **uma faca de cozinha afiada, por exemplo, devem ser perigosos se querem ser úteis** (Manual de Direito do Consumidor, Antônio Herman V. Benjamin, 2ª tiragem, São Paulo: Ed. RT, p.117).

Ora, com todo o respeito, a indústria tabageira, mesmo sabendo dos riscos do consumo de cigarros, e isto desde a década de 1950, sempre os ocultou e, mesmo que não o tivesse feito, não se poderia falar em "periculosidade inerente" simplesmente porque, em face do consumidor – Sr. Edison Pessin – tais riscos eram absolutamente imprevisíveis. Na esteira do referido pelo hoje Ministro do STJ (ibidem, p. 118), Professor Herman V. Benjamin, *de qualquer modo, na análise da obrigação de reparar, o juiz não se deve contentar com uma mera apreciação em "abstrato" do preenchimento dos dois requisitos já mencionados [normalidade e previsibilidade]. São eles examinados caso a caso, atendendo-se especialmente para as condições particulares de cada consumidor, principalmente para a sua capacidade de conhecer e avaliar eventuais INFORMAÇÕES fornecidas acerca dos riscos do produto ou do serviço.*

A melhor jurisprudência, em casos análogos, já decidiu:

DANO MORAL. CIGARROS. CAUSAS MORTAIS QUE PODEM ORIGINAR: 'ENFISEMA PULMONAR', 'ARRITMIA CARDÍACA' E 'CÂNCER PULMONAR', ENTRE OUTRAS. NEXO CAUSAL COMPROVADO, FACE AO CONSUMO DO CIGARRO E O EVENTO MORTE. PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA QUE SE APLICA AO CCv/16, INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (arts. 6º, incisos I, III, IV, VI e VIII, e 12, par. 1º) E ART. 159 DO CCv/16, NA MODALIDADE OMISSÃO NA AÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 335 DO CPC: "REGRAS DE EXPERIÊNCIA COMUM". INDENIZAÇÃO DEVIDA. (PRECEDENTE: Apelação Cível n. 70000144626, Redator para o acórdão Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, j. em 29.10.03, 9ª. Câmara Cível). APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME (TJRS, 9ª CC, AC 70007090798. Tania Regina dos Santos Pinto versus Souza Cruz S/A, j em 19/11/2003).

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

28

Do mesmo Tribunal Gaúcho, destaco:

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

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

29

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

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

30

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

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

31

(fumantes passivos ou *bystanders*), caracterizando-se como defeituoso, uma vez que não oferece a segurança que dele se pode esperar, considerando-se a apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam (art. 12, § 1º, do CDC), situação que importa na responsabilidade objetiva do fabricante, que apenas se exime provando que não colocou o produto no mercado, ou que, embora o haja colocado, o defeito inexistiu ou que o mal não foi causado, ou, por fim, que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro, o que aqui não se caracteriza porque o ato voluntário do uso ou consumo não induz culpa e, na verdade, no caso, sequer há opção livre de fumar ou não fumar, em decorrência da dependência química e psíquica e diante da propaganda massiva e aliciante, que sempre ocultou os malefícios do cigarro, o que afasta em definitivo qualquer alegação de culpa concorrente ou exclusiva da vítima. A indenização pelos danos materiais deverá ressarcir a venda de imóvel e de bovinos, despesas médicas e hospitalares comprovadas, hospedagem de acompanhantes durante a internação e gastos com o funeral. Também são indenizáveis os prejuízos decorrentes do fechamento do mini-mercado da vítima, desde a época da constatação da doença até a data em que o falecido completaria 70 anos de idade, conforme a expectativa de vida dos gaúchos, valor a ser apurado de acordo com a média de lucro dos últimos 12 meses de funcionamento anteriores à constatação da doença. As demais pretensões indenizatórias impõem-se indeferidas, porquanto não comprovados os prejuízos (art. 333, I, do CPC). A título de danos morais, tem-se como razoável, prudente e suficiente a fixação da quantia de 600 salários mínimos nacionais para a esposa, de 500 para cada um dos quatro filhos e de 300 para cada um dos genros, totalizando, a indenização a esse título, 3.200 salários mínimos nacionais, diante das peculiaridades do caso e da necessidade de atender o caráter sancionatório-punitivo e a finalidade reparatório-compensatória da verba, sem implicar enriquecimento indevido dos demandantes. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA, POR MAIORIA (TJRS, AC 70000144626 – 9ª CC).

3.8. Uma discussão inadiável: o que é o cigarro?

Inevitável, para dar continuidade a esta sentença, verificarmos o produto comercializado pela demandada o qual, segundo os autores, foi a causa da morte do Sr. Pessin.

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

32

Segundo o sítio do INCA, tópico "conheça o cigarro por dentro"

A fumaça do cigarro é uma mistura de aproximadamente 4.700 substâncias tóxicas diferentes; que constitui-se de duas fases fundamentais: a fase particulada e a fase gasosa. A fase gasosa é composta, entre outros por monóxido de carbono, amônia, cetonas, formaldeído, acetaldeído, acroleína. A fase particulada contém nicotina e alcatrão.

O alcatrão é um composto de mais de 40 substâncias comprovadamente cancerígenas, formado à partir da combustão dos derivados do tabaco. Entre elas, o arsênio, níquel, benzopireno, cádmio, resíduos de agrotóxicos, substâncias radioativas, como o Polônio 210, acetona, naftalina e até fósforo P4/P6, substâncias usadas para veneno de rato.

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

*A nicotina é considerada pela Organização Mundial da Saúde/OMS uma droga psicoativa que causa dependência. A nicotina age no sistema nervoso central como a cocaína, com uma diferença: **chega em torno de 9 segundos ao cérebro.** Por isso, o tabagismo é classificado como doença estando inserido no Código Internacional de Doenças (CID-10) no grupo de transtornos mentais e de comportamento devido ao uso de substância psicoativa. Além disso, a nicotina aumenta a liberação de catecolaminas, causando vasoconstrição, acelerando a frequência cardíaca, causando **HIPERTENSÃO ARTERIAL** e provocando uma maior adesividade plaquetária. A nicotina juntamente com o monóxido de carbono, provoca diversas doenças cardiovasculares. Além disso, estimula no aparelho gastrointestinal a produção de ácido clorídrico, o que pode causar **úlcera gástrica.** Também desencadeia a liberação de substâncias quimiotáxicas no pulmão, que estimulará um processo que irá destruir a elastina, provocando o **ENFISEMA PULMONAR.***

*O modo de fumar é determinado pela necessidade do fumante de **consumir nicotina** (que lhe traz a **sensação de satisfação**). Ao*

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

33

fumar cigarros com baixos teores, o fumante passa a utilizar alguns artifícios para alcançar tal sensação. Assim, para obter uma quantidade de nicotina que satisfaça a sua dependência, dá tragadas mais profundas, aumenta o número de tragadas por cigarro e o número de cigarros fumados ou bloqueia os orifícios de ventilação dos filtros. Como resultado, aumenta a concentração de fumaça inalada durante a tragada.

*Esses **artifícios de compensação são conhecidos e têm sido extensivamente documentados na literatura científica, sendo bem conhecidos da indústria do tabaco há mais de 20 anos.** Testes demonstram que, em "condições de fumo realísticas", existe uma diferença muito pequena entre os cigarros denominados "light" e os comuns.*

Na verdade, eles podem até produzir quantidades maiores de alcatrão, nicotina e monóxido que os cigarros tradicionais testados.

Por mais que a indústria do fumo afirme que realiza pesquisas visando ao desenvolvimento de produtos alternativos, na verdade, esses estudos procuram desenvolver produtos e formas de que reduzam o teor de determinadas substâncias, como o alcatrão, por exemplo, mas sempre mantendo a nicotina, que é a substância que causa a dependência.

Importante notar que, de conformidade com o Ministério da Saúde, "a fumaça do tabaco, durante a tragada, é inalada para os pulmões, distribuindo-se para o sistema circulatório e chegando rapidamente ao cérebro, entre 7 e 9 segundos. Além disso, o fluxo sangüíneo capilar pulmonar é rápido, e todo o volume de sangue do corpo percorre os pulmões em um minuto. Dessa forma, as substâncias inaladas pelos pulmões espalham-se pelo organismo com uma velocidade quase igual a de substâncias introduzidas por uma injeção intravenosa".

Demais, consoante a mesma fonte (Ministério da Saúde), "a nicotina, que é encontrada em todos os derivados do tabaco (charuto, cachimbo, cigarro de palha, etc) é a droga que causa dependência. Esta substância é psicoativa, isto é, **produz a sensação de prazer**, o que pode induzir ao abuso e à dependência. Por ter características complexas, a dependência à nicotina é incluída na Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde - CID 10ª revisão. Ao ser ingerida, produz alterações no Sistema Nervoso Central, modificando assim o estado emocional e comportamental dos indivíduos, da mesma forma como ocorre com a cocaína,

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

34

*heroína e álcool. Depois que a nicotina atinge o cérebro, entre 7 a 9 segundos, libera várias substâncias (neurotransmissores) que são responsáveis por estimular a sensação de prazer (núcleo accubens), explicando-se assim as boas sensações que o fumante tem ao fumar. **Com a ingestão contínua da nicotina, o cérebro se adapta e passa a precisar de doses cada vez maiores para manter o mesmo nível de satisfação que tinha no início.** Esse efeito é chamado de tolerância à droga. **Com o passar do tempo, o fumante passa a ter necessidade de consumir cada vez mais cigarros.** De tal forma que, a quantidade média de cigarros fumados na adolescência, nove por dia, na idade adulta passa a ser de 20 cigarros por dia. Com a dependência, cresce também o risco de se contrair doenças debilitantes, que podem levar à invalidez e à morte".*

Logo, é fora de dúvidas que a nicotina encontrada nos cigarros é uma droga psicoativa (provoca sensação de prazer) que causa dependência no consumidor.

E é a partir desta constatação que se lerá o processo, levando em conta que se trata, à evidência palmar, de claríssima relação de consumo.

3.9. A isenta opinião do conceituadíssimo Professor do INCA, Doutor José Rosemberg a respeito do tabaco

Comenta o **Professor do INCA, Doutor José Rosemberg**, sobre a questão do tabagismo:

*"Desde os idos de 1950, a indústria tabaqueira vem desenvolvendo pesquisas que lhe forneceram a certeza de que a nicotina é geradora de dependência físico-química, assim como estudos para sua maior liberação e absorção pelo organismo e inclusive estudos genéticos objetivando desenvolver planta de tabaco hipernicotinado. A **indústria tabaqueira, ciente das propriedades psico-ativas da nicotina geradora de dependência, sempre negou a existência dessas qualidades farmacológicas.** É edificante o episódio ocorrido no início de 1980, quando a Phillip Morris obrigou seu cientista Vitor de Noble a retirar o artigo que havia entregue para publicação no Journal of Psychopharmacology, no qual relatava suas investigações comprovadoras de que ratos recebendo nicotina desenvolviam dependência físico-química. Isso tudo veio a lume com os documentos secretos que se tornaram públicos. Entretanto, a indústria tabaqueira continuamente pronunciou-se com ênfase, negando essas propriedades da nicotina. " (ROSEMBERG, José. Nicotina. Droga universal. São Paulo: SES/CVE, 2003. p. 42).*

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

35

E continua o respeitado cientista brasileiro:

*"Não obstante a **exaustiva documentação acumulada de que a nicotina é droga geradora de dependência químico-física** e da existência de fatores genéticos que ditam a reação orgânica com vasto polimorfismo [. . .], é de interesse ressaltar o fato histórico de que **a ciência oficial demorou muito para se convencer dessa certeza, enquanto a indústria tabaqueira já tinha disso conhecimento de longa data.** É também fato histórico edificante como **as multinacionais do tabaco esconderam por tanto tempo a certeza que tinham da nicotina ser droga psicoativa, promovendo vasta propaganda enganosa,** afirmando que ela não causa dependência, enquanto **secretamente trabalhou para a obtenção de cigarros com teores mais altos de nicotina para tornar os fumantes mais escravizados ao seu consumo.** É impressionante que em 1979 o relatório oficial do Departamento de Educação, Saúde e Assistência Social, dos Estados Unidos , abordando a temática da nicotina, não se pronunciou sobre a sua característica de gerar dependência. Mais inexplicável é que, ainda em 1964, o Comitê Consultivo do Serviço de Saúde Pública dos Estados Unidos, com o endosso do Surgeon General, tenha declarado que "a nicotina causa apenas hábito, não sendo droga que desenvolve dependência". Entretanto, a indústria tabaqueira, que vinha, desde 1950, promovendo pesquisas sofisticadas sobre a farmacodinâmica da nicotina, havia chegado à conclusão de que ela era droga geradora de dependência orgânica. Assim, em março de 1963, um ano antes do acima citado relatório do órgão oficial da saúde pública dos Estados Unidos, negando que a nicotina causa dependência, a Brown and Williamson, na reunião de seus dirigentes face às pesquisas de seus técnicos, concluiu pela propriedade da nicotina de causar dependência. **A companhia tabaqueira Brown and Williamson, sediada nos Estados Unidos, é subsidiária da British American Tobacco (BAT), assim como a Souza Cruz do Brasil.** Nessa reunião, o vice-presidente, Addison Yeaman, afirmou: "além do mais, **a nicotina causa dependência. Nós estamos, portanto, num negócio de vender nicotina, que é uma droga que causa dependência, eficaz para anular os mecanismos de estresse.**" Aliás, desde a década dos anos 1950, a indústria tabaqueira já tinha a convicção da ação psico-ativa da nicotina, conforme se depreende do pronunciamento de H.R. Hammer, diretor de pesquisa da British American Tobacco, como consta da ata da reunião de 14 de outubro de 1955: "Pode-se*

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

36

*remover toda a nicotina do tabaco, mas a experiência mostra que esses cigarros e charutos ficam emasculados e ninguém tem satisfação de fumá-los ". Em 1962 em outra reunião da British American Tobacco, o executivo Charles Ellis afirmou: "fumar é consequência da dependência[. . .]. **Nicotina é droga de excelente qualidade.** " (ROSEMBERG, op. cit. , 2003. p. 42-43).*

Observe-se, então, que segundo o renomado Professor Rosemberg:

- 1) Desde os anos 1950 a indústria do cigarro possui certeza científica de que a nicotina causa dependência físico-química;**
- 2) Mesmo assim, sempre negou a existência dessas qualidades farmacológicas;**
- 3) Toda essa insólita história envolvendo pesquisa científica acerca das "propriedades da nicotina" somente veio à lume quando da abertura dos "documentos secretos" da indústria do tabaco, as quais insistiam em esconder sua certeza de que a nicotina é droga psicoativa;**
- 4) Ao contrário, as indústrias do tabaco mantiveram sua estratégia comercial, promovendo vasta propaganda enganosa, afirmando que ela (a nicotina) não causa dependência;**
- 5) Pior ainda, a partir do momento em que tiveram a certeza científica da causação da dependência, as indústrias do tabaco trabalharam secretamente para a obtenção de cigarros com teores mais altos de nicotina, tudo para tornar os fumantes mais "escravizados" ao seu consumo.**

3.10. Fumar: hábito ou dependência?

Há uma discussão que me parece bizantina, mas que foi levantada pela demandada e merece, então, resposta.

Enfim, cientificamente, fumar é um hábito ou um "vício" (dependência)?

A resposta nos vem do mesmo Professo Rosemberg, no texto acima citado. Diz ele:

É impressionante que em 1979 o relatório oficial do Departamento de Educação, Saúde e Assistência Social, dos Estados Unidos , abordando a temática da nicotina, não se pronunciou sobre a sua característica de gerar dependência. Mais inexplicável é que, ainda em 1964, o Comitê Consultivo do Serviço de Saúde Pública dos Estados Unidos, com o endosso do Surgeon General, tenha

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

37

declarado que "**a nicotina causa apenas hábito, não sendo droga que desenvolve dependência**". Entretanto, a indústria tabaqueira, que vinha, desde 1950, promovendo pesquisas sofisticadas sobre a **farmacodinâmica da nicotina**, havia chegado à conclusão de que ela era **droga geradora de dependência orgânica**. Assim, em março de 1963, um ano antes do acima citado relatório do órgão oficial da saúde pública dos Estados Unidos, negando que a nicotina causa dependência, a Brown and Williamson, na reunião de seus dirigentes face às pesquisas de seus técnicos, concluiu pela propriedade da nicotina de causar dependência. **A companhia tabaqueira Brown and Williamson, sediada nos Estados Unidos, é subsidiária da British American Tobacco (BAT), assim como a Souza Cruz do Brasil**. Nessa reunião, o vice-presidente, Addison Yeaman, afirmou: "além do mais, **a nicotina causa dependência. Nós estamos, portanto, num negócio de vender nicotina, que é uma droga que causa dependência, eficaz para anular os mecanismos de estresse.** " Aliás, **desde a década dos anos 1950, a indústria tabaqueira já tinha a convicção da ação psico-ativa da nicotina**, conforme se depreende do pronunciamento de H.R. Hammer, diretor de pesquisa da British American Tobacco, como consta da ata da reunião de 14 de outubro de 1955: "Pode-se remover toda a nicotina do tabaco, mas a experiência mostra que esses cigarros e charutos ficam emasculados e ninguém tem satisfação de fumá-los ". Em 1962 em outra reunião da British American Tobacco, o executivo Charles Ellis afirmou: "fumar é consequência da dependência[. . .]. **Nicotina é droga de excelente qualidade.** " (ROSEMBERG, op. cit. , 2003. p. 42-43).

3.11. Nexo causal/1 – a nova responsabilidade civil: ampliação¹ dos

¹ Veja-se, como exemplo, a amplitude que o tema "responsabilidade" vem adquirindo na Itália. Em março de 2008, a Corte de Cassação Italiana, seção 4 - Penal, confirmou pena imposta a um médico psiquiatra, entendendo que a suspensão de tratamento de paciente sob seus cuidados deu-se de maneira imprudente, daí decorrendo o agravamento da patologia e recrudescência de sua periculosidade, tendo o paciente agredido e assassinado um dos funcionários da comunidade. Confirma-se: *Corte di Cassazione, Sezione 4 Penale – sentenza del 11 marzo 2008, n. 10795. "La Corte ha confermato la condanna di un medico psichiatra, il quale, riducendo e poi sospendendo in maniera imprudente il trattamento farmacologico cui era sottoposto un paziente ricoverato da una comunità, in modo tale da renderlo inidoneo a contenere la pericolosità, aveva determinato l'aggravamento della patologia e una recrudescenza della pericolosità, tali da avere provocato la crise nel corso della quale lo stesso paziente aveva aggredito ed ucciso uno degli operatori della comunità"*. Feliz e oportuna a lembrança de Noronha, para quem "*é preciso ter sempre presente que acima dos deveres (e direitos) das partes, pactuados por elas ou estabelecidos na lei aplicável ao contrato celebrado, estão os deveres gerais de conduta que são impostos por leis e princípios superiores do ordenamento. Por exemplo, o dever do médico de cuidar com diligência e perícia do paciente resulta de preceitos da deontologia médica, que estão situados em nível superior ao de qualquer contrato de prestação de serviços. Os danos resultantes da respectiva violação serão cobertos pela responsabilidade civil em sentido estrito, não pela negocial (contratual)*". NORONHA, Fernando. *Obrigações*, 2ª Edição: «Endereço Completo da Vara do Processo#Re»

danos mercedores de reparação, teoria do risco (da empresa/do negócio), objetivação da responsabilidade, responsabilidade agravada

O fenômeno da expansão das hipóteses de ressarcimento tem-se verificado em todos os países ocidentais, em maior ou menor intensidade, pondo fim à "imunidade-impunidade", à irresponsabilização diante da sabida dificuldade-impossibilidade de demonstração de culpa do lesante, por exemplo.

Neste caminhar ampliativo dos casos de responsabilização, além dos danos materiais (emergentes e lucros cessantes), também os danos anímicos (extrapatrimoniais) ² passaram a ser ressarcíveis, havendo ainda a possibilidade de recomposição do dano estético, destacável e autônomo que se encontra no dano dito "moral"³.

Para que os danos pudessem ser efetivamente reparados foi-se, a pouco e pouco, esboroando o "filtro da culpa", passando-se a admitir, primeiro, a responsabilidade sem culpa (objetiva), calcada no "risco" ou na "garantia", até chegarmos ao modelo inacabado da responsabilidade fundada na ideia de solidariedade⁴, também nominada de "seguro social"⁵.

Portanto, a reconfiguração da responsabilidade civil transita, obrigatoriamente, pela ampliação das hipóteses ressarcitórias.

No Brasil, sobre o tema (responsabilidade civil), assistimos a inovações/reformas (legislativas, interpretativas e comportamentais) de monta, verdadeiramente significativas, merecendo especial relevo, no contexto, o Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê, em seu artigo 6º, entre outros, como direito básico do consumidor, "*a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de*

ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 500.

² Constituição Federal, artigo 5º, incisos: V - *é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.*

³ Ementa nº 387, da súmula do STJ: *É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.*

⁴ "*Jean Guyenot e René Savatier, por exemplo, afirmam que as tendências contemporâneas se traduzem por um movimento em direção à socialização da responsabilidade e dos riscos individuais, ao término do qual toda a vítima de um acidente deverá estar virtualmente certa de ser indenizada. Nesse sistema, o Estado absorveria todos os riscos e os redistribuiria por todo o corpo social, através de um imposto. Assim, o prejuízo de um seria suportado, afinal, por todos.*" FACCHINI NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil no novo código*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O novo código civil e a constituição*, 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 171-218.

⁵ "*Na atualidade, a necessidade de reparar alguns danos de especial relevância, como os resultantes de acidentes de trabalho, é tão premente que, em relação a eles, já nem sequer é suficiente a responsabilidade objetiva, sendo possível dizer-se que já estamos entrando numa nova era, do 'seguro social'.*" NORONHA, Fernando. *Obrigações*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 407.

Endereço: «Endereço Completo da Vara do Processo#Re»

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

39

*quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem*⁶ e "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências" (incisos III e VIII, respectivamente).

Dois são, em meu sentir, os pontos mais destacáveis do artigo mencionado, aqui absolutamente pertinentes: primeiro, o direito do consumidor (e do paciente, por extensão) à informação adequada; segundo, nas hipóteses mencionadas (verossimilhança da alegação do consumidor-paciente ou constatação de sua hipossuficiência técnica, financeira ou informacional), a facilitação da defesa de seus direitos em juízo, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor.

De fato, doutrina⁷ e jurisprudência densificaram tais "princípios", confirmando ser dever inarredável do fornecedor (de produtos e serviços) a "ampla publicidade ao mercado de consumo a respeito dos riscos inerentes a seus produtos e serviços"⁸, bem como admitindo se proceda à inversão do ônus da prova, como de fato amiúde se verifica, no momento da sentença⁹,

⁶ Paulo R. Roque A. Khouri destaca que, " ao deixar de informar adequadamente ao consumidor sobre os bens e serviços que está adquirindo, o fornecedor está deixando de ser transparente. A falta dessa transparência pode conduzir o consumidor a decisões equivocadas de consumo. Dispondo de informações suficientes, evidente que sua decisão quanto a adquirir ou não bens de consumo tenderá a maior racionalidade, evitando, por consequente, a aquisição de bens desnecessários ou a celebração de contratos desvantajosos. Em outras palavras, a não-disponibilização de informações essenciais ao consumidor acaba por violar a boa-fé objetiva nessa relação". E "na aquisição de produtos e serviços é comum que informações prestadas pelos fornecedores sejam o instrumento mais importante de persuasão do consumidor". Assim, o "direito à informação busca evitar que esta persuasão se dê de modo abusivo, aproveitando-se da debilidade natural do consumidor" (*Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 72). Rafael Peteffi da Silva ressalta, de seu lado, que "a observação sobre o dever de informar entre as partes, mormente em uma época de intensas relações de consumo, tem sido uma das características mais importantes para uma saudável relação obrigacional complexa, determinada pela atuação do princípio da boa-fé objetiva" SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 155.

⁷ Por todos, consultar a singular obra de: BENJAMIN, Antônio Herman. MARQUES, Cláudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 421p.

⁸ "A comercialização livre do medicamento SURVECTOR, com indicação na bula de mero ativador de memória, sem efeitos colaterais, por ocasião de sua disponibilização ao mercado, gerou o risco de dependência para usuários. A posterior alteração da bula do medicamento, que passou a ser indicado para o tratamento de transtornos depressivos, com alto risco de dependência, não é suficiente para retirar do fornecedor a responsabilidade pelos danos causados aos consumidores. O aumento da periculosidade do medicamento deveria ser amplamente divulgado nos meios de comunicação. A mera alteração da bula e do controle de receitas na sua comercialização, não são suficientes para prestar a adequada informação ao consumidor. A circunstância de o paciente ter consumido o produto sem prescrição médica não retira do fornecedor a obrigação de indenizar. Pelo sistema do CDC, o fornecedor somente se desobriga nas hipóteses de culpa exclusiva do consumidor (art. 12, §3º, do CDC), o que não ocorre na hipótese, já que a própria bula do medicamento não indicava os riscos associados à sua administração, caracterizando culpa concorrente do laboratório" (STJ, REsp 971845/DF, rela. Mina. Nancy Andrighi. DJe 01/12/2008).

⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação*
Endereço: «Endereço Completo da Vara do Processo#Re»

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

40

uma vez que se trata de regra de julgamento, e não de regra de procedimento, posição esta confirmada em acórdão do Superior Tribunal de Justiça (AgRgMC 11.970/RJ).

Logo, hoje, não há falar em responsabilidade civil sem, concomitantemente, discorrer sobre direito consumerista.

Emblemática situação pode suceder quando o dano sofrido por alguém decorra, ao mesmo tempo, (i) do inadimplemento de um contrato pela outra parte e que sejam constitutivos, de toda forma, (ii) de responsabilidade civil geral. No caso, o dano surge no desenvolver da relação negocial, *"mas em circunstâncias tais que os fatos ocorridos sempre seriam suficientes para originar uma obrigação de indenizar, mesmo se abstraíssemos do contrato (ou do negócio unilateral)"*¹⁰. Comenta Noronha que *"esta relação concursal é especialmente importante para responsabilidades como as do médico, do transportador, do construtor, do fornecedor de produtos e serviços e, em geral, para as demais que podem ser chamadas de "profissionais"*¹¹.

Com efeito, no caso, *"há ofensa a deveres que são independentes da relação estabelecida, razão por que sempre se impoem às partes, mesmo que o negócio não tivesse sido celebrado. (...) Ela com frequência está ligada à pura e simples violação de deveres gerais de "neminem laedere", em relação aos quais não se justificará falar em violação do dever geral de agir de acordo com a boa-fé, ainda que evidentemente este se insira dentro daqueles (isto é, seja também um dever de "neminem laedere"). (...) Um exemplo característico de responsabilidade supranegocial é a relacionada com a obrigação geral de incolumidade, que incide sobre quem exerce atividades profissionais que têm por objeto outras pessoas, havendo de preservar a integridade psicofísica destas, como é o caso da medicina e do transporte de passageiros. Devido à sua natureza de dever geral, a incolumidade das pessoas não pode ser objeto de contrato, mesmo que o contrário seja defendido pela generalidade da doutrina"*¹².

Tem a **"teoria do risco"** ocupado, merecidamente, largo espaço nos manuais de responsabilidade civil. Na evolução rumo à reparabilidade integral dos danos, porém, verificou-se que mesmo a adoção do "risco" como fundamento para o ressarcimento tornou-se insuficiente quando testado em

processual civil em vigor. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 530.

¹⁰ Na doutrina estrangeira percebe-se certa indefinição (e enorme preocupação com os desdobramentos daí decorrentes) no que tange à natureza da responsabilidade médica, havendo quem a caracterize como "contratual" (*rectius*, negocial) e outros como "extracontratual". Por todos, consulte-se o excelente artigo de MUÑOZ, Mónica Lucía Fernandez. *Nuevas perspectivas en el tema de responsabilidad por la estructura sanitaria. Estudio de derecho italiano*. Revista de derecho de la Universidad de Concepción, Chile, enero-junio 2002, p. 81-118.

¹¹ NORONHA, Fernando. *Obrigações*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

¹² NORONHA, Fernando. *Obrigações*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 456-7.

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

41

alguns casos-limite, tendo-se de partir, finalmente, para a fragmentação do nexos de causalidade (aquele liame a conectar o dano acontecido com a atuação do responsável), pois que a "teoria da culpa" já fora superada¹³.

E é este esboroamento do nexos causal (para o fim de responsabilização) que se denomina "responsabilidade objetiva agravada".

Ensina Noronha que "*dentro da responsabilidade objetiva é possível distinguir duas espécies, que chamaremos de 'objetiva comum' e 'agravada'. Em ambas prescinde-se da culpa; as duas têm por fundamento um risco de atividade, mas este é diferente numa e noutra. Na comum, exige-se que o dano seja resultante de ação ou omissão do responsável (embora não culposa), ou de ação ou omissão de pessoa a ele ligada, ou ainda de fato de coisas de que ele seja detentor. Na agravada, vai-se mais longe e a pessoa fica obrigada a reparar danos não causados pelo responsável, nem por pessoa ou coisa a ele ligadas; trata-se de danos simplesmente acontecidos durante a atividade que a pessoa responsável desenvolve. (...) são riscos inerentes, característicos ou típicos dessa atividade.*¹⁴ (...) Poderíamos dizer que a responsabilidade civil agravada é aquela que vai além do 'risco que tal espécie [de atividade] faz naturalmente correr'"¹⁵.

Destarte, hoje já são pontos assentes no Direito das Obrigações a necessidade de procurar maior equilíbrio entre direitos e obrigações das partes nos contratos (**justiça substancial**) e de **fazer recair sobre quem exerce profissionalmente uma atividade econômica, organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços, a obrigação de arcar com todos os ônus resultantes de qualquer evento danoso inerente ao processo produtivo ou distributivo (risco de empresa)** (Fernando Noronha, Direito das Obrigações, 2ªed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 341).

3.12. Nexos causal/2 e a teoria do escopo da norma violada

Devido às limitações das explicações causais, que sempre se mostraram

¹³ "Nesta (responsabilidade civil agravada), a pessoa responde por danos apenas conexos com a sua atividade. Mas estes ainda são casos de responsabilidade pelo risco. (...) A responsabilidade objetiva agravada insere-se no final de uma evolução que começou quando, num primeiro momento, se reconheceu que o requisito culpa não era sempre imprescindível para o surgimento da obrigação de indenizar. (...) O exercício de determinadas atividades, suscetíveis de causar danos a terceiros implicava, como contrapartida dos benefícios que elas proporcionavam ao agente, o ônus de suportar os danos que eventualmente fossem causados a outrem. Foi por isso que se construiu a teoria da responsabilidade objetiva. Agora estamos entrando num segundo momento, no qual se verifica haver hipóteses especiais em que se prescinde também de nexos de causalidade, para se passar a exigir unicamente que o dano acontecido possa ser considerado risco inerente à própria atividade em causa, risco característico ou típico dela". NORONHA, Fernando. *Obrigações*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 488.

¹⁴ NORONHA, Fernando. *Obrigações*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 486.

¹⁵ NORONHA, Fernando. *Obrigações*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 487.

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

42

*insuficientes para delimitar o problema dos danos indenizáveis, como veremos melhor adiante [8.2.6], **acontecendo mesmo existirem obrigações de indenizar em que nem sequer se exige um nexos de causalidade entre a atuação do responsável e o dano acontecido** (responsabilidade objetiva agravada [7.5.1;v 2,12.4.2]), modernamente os autores começam apelando para um **novo fundamento da responsabilidade civil: é necessário, para que um dano seja reparável, que ele seja lesão de um bem protegido pelo ordenamento jurídico, isto é, que tenha cabimento no âmbito de proteção, ou escopo, da norma violada** (Fernando Noronha, Direito das Obrigações, 2ªed., São Paulo: Saraiva, 2007, página 476).*

*Será o exame da **norma jurídica que foi violada**, será a sua "ratio legis" que esclarecerá **quais são os valores e interesses tutelados**, quais são em especial os danos que podem ser reparados e **quais são as pessoas que a norma intenta proteger**. A ação de reparação deve ser reservada às pessoas que a norma violada visa proteger e deve ter por objeto apenas os danos visados pela norma. Fala-se, a este respeito, no princípio, ou na **teoria, do escopo da norma violada**, ou da relatividade aquiliana.*

*A **teoria do escopo da norma violada é que nos dará a razão da limitação pelo ordenamento jurídico do princípio da reparação ampla e geral de todos e quaisquer danos a todas e quaisquer pessoas lesadas** (Fernando Noronha, Direito das Obrigações, 2ªed., São Paulo: Saraiva, 2007, página 477).*

*Por exemplo, para fazer prova do dano, às vezes é necessário recorrer às regras de experiência que são substrato das presunções naturais: é o que acontece sobretudo quando haja dúvidas sobre se este é certo ou incerto, como ainda veremos [8.1.8]. Para fazer prova de nexos de causalidade, também é frequente o recurso às **regras de experiência**, como, aliás, já referimos [7.4.5] e veremos melhor no próximo capítulo [8.2.8]. Com frequência acontece mesmo que, num mesmo processo, seja necessário **recorrer as regras de experiência duas vezes, uma para verificar se existe nexos de***

causalidade, outra para determinar qual é a extensão dos danos que devem ser reparados: *uma situação frisante é a relativa à responsabilidade por perda de chances [8.1.8] (Fernando Noronha, Direito das Obrigações, 2ªed., São Paulo: Saraiva, 2007, página 479).*

Pelo contexto dos autos, não tenho dúvidas em afirmar que o escopo das normas constitucionais e consumeristas respeitantes à vida, à saúde, à propaganda e à completa informação dos cidadãos-consumidores não se compadece com a lesão levada a efeito pela empresa-ré.

3.13. Nexo causal/3 - prova de que o de cujus fumava cigarros fabricados pela empresa demandada e ligação entre fumo e doenças/óbito do Senhor Pessin

Inúmeros documentos foram carreados aos autos pelas partes, totalizando, como já referi, mais de dois milhares de páginas e 11 (onze) volumes de autos do processo.

Foi juntada com a inicial a certidão de óbito do Sr. Edison Pessin (fl. 57). Dali verifico que a Dra. Adriana Lisboa (CRM 8250) "deu como causa da morte **parada respiratória - insuficiência respiratória - enfisema pulmonar (falecimento em 05/09/2000).**"

O conteúdo deste documento (certidão de óbito) foi impugnado pela defesa, através de sua testemunha, o médico Marcelo Kalichsztein. Diz a testemunha, no que aqui importa: "*Analizando o documento de fl. 57- certidão de óbito do Sr. Pessin, ali se verificam três motivos: O primeiro, seria a parada respiratória, que é um termo genérico, inespecífico, vinculado necessariamente ao próprio óbito, pois todo indivíduo, quando morre, deixa de respirar; O segundo, é a insuficiência respiratória, também um termo genérico e inespecífico, possuindo inúmeras causas relacionadas, pulmonares e extrapulmonares, sendo na verdade uma síndrome, isto é, um conjunto de sinais e sintomas que podem estar presentes em inúmeras doenças, sejam de origem pulmonar ou extrapulmonar; O terceiro, **Enfisema Pulmonar**, é espécie do gênero Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica (DPOC), dos quais também são espécie a Bronquite Crônica e a Asma Brônquica Perene; Para caracterização do DPOC segue-se o consenso GOLD, isto é, Global Obstrutive Lung Disease; É necessário caracterizar, para tanto, a dificuldade de mobilização de ar pelas vias aéreas; O Enfisema pulmonar está associado a **vários fatores de risco**, configurando-se numa alteração anatômica do pulmão, a qual leva justamente à dificuldade de mobilização de ar nos pulmões; Trata-se de doença complexa;*

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

44

*Para verificação da ocorrência ou não de DPOC, necessário se faz o exame denominado Espirometria, pelo qual o paciente sopra um mecanismo que mede a mobilidade de ar pelo pulmão e a velocidade que o ar sai, havendo, daí, padrões de anormalidade; Outro exame que poderia identificar o enfizema seria a tomografia computadorizada do tórax de alta resolução; Como teve acesso aos autos e não localizou nenhum dos dois exames, **não poderia afirmar, "sem medo de errar" que a causa mortis do Sr. Pessin, tenha sido enfizema pulmonar;** Localizei nos autos um único exame radiológico onde constatou-se que o pulmão do paciente estava hiperinsuflado, o que é absolutamente inespecífico, consoante a literatura médica, podendo ocorrer inclusive em indivíduos normais, não doentes, não atestando nenhum tipo de doença; **Não apenas pessoas fumantes desenvolvem enfizema pulmonar; Há um estudo denominado "Platino", desenvolvido no Estado de São Paulo, pela USP ou pela Escola Paulista de Medicina, que demonstra que aproximadamente 15% da população de São Paulo, não sabe se do Estado ou da cidade, possuem DPOC, esclarecendo que este índice é maior entre fumantes (cerca de 21% dos fumantes) e menor entre os não fumantes (13% a 15%, aproximadamente dos não fumantes); Nem todos os fumantes desenvolvem DPOC; Demonstra a literatura médica que dos ditos grandes fumantes, em torno de 15% desenvolvem obstrução do fluxo aéreo, característica do DPOC; A DPOC é uma doença multifatorial associada a vários fatores de risco, tais como genéticos, alimentares, ocupacionais, infecções de repetição, poluição, fumar cigarros, etc; Quer esclarecer o conceito de fator de risco, sendo ele relacionado às descobertas dos estudos epidemiológicos que identificam fatores, em dada população, que podem estar associados a uma maior chance de ocorrer, ou não, um determinado desfecho; Assim, o fato de risco diz respeito à ideia de chance, em uma dada população; **Este conceito difere do conceito epidemiológico de causa, pois que neste o desfecho jamais vai ocorrer se a situação não estiver presente, como ocorre nas doenças infecciosas, como por exemplo da SIDA; Não há como afirmar em relação a um indivíduo específico, nas doenças multifatoriais, como o suposto DPOC, se algum fator de risco é mais relevante que outro; Também a Úlcera Gástrica e o AVC catalogam-se como doenças multifatoriais; Em relação à doença denominada pancreatite, isto é, inflamação do pâncreas, pelo que sabe, não é ela causada ou associada ao fumo, sendo seus fatores de risco o consumo de álcool, o cálculo em vias biliares e traumatismo; Há nos autos documentos que demonstram ser o Sr. Pessin hipertenso, sendo a hipertensão arterial um dos fatores de risco para o AVC; Inexistem estudos científicos comprovando que o fumo seja um dos fatores de risco da hipertensão arterial sustentada; (...).*****

Afirma o médico Marcelo Kalichsztein, testemunha de defesa contratada pelos patronos da empresa demandada, numa palavra, o seguinte (sumariando o que de importante ao tema):

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

45

- 1) pelo que consta dos autos, não há como afirmar, "sem medo de errar", que o Sr. Pessin tenha efetivamente falecido em razão de enfizema pulmonar, doença esta associada a vários fatores de risco;
- 2) não apenas indivíduos fumantes desenvolvem enfizema pulmonar e nem todos os fumantes desenvolvem DPOC;
- 3) há estudos comprovando que em São Paulo, 15% da população possui DPOC, mas confirma que este índice é sensivelmente maior nos indivíduos fumantes;
- 4) a literatura médica indica que, em relação aos ditos "grandes fumantes", em torno de 15% desenvolvem obstrução do fluxo aéreo, característica do DPOC, sendo esta uma doença multifatorial associada a vários fatores de risco, tais como genéticos, alimentares, ocupacionais, infecções de repetição, poluição e, inclusive, fumar cigarros;
- 5) há diferença conceitual entre as expressões "fator de risco" e "causa".
- 6) não há como afirmar, em relação a um indivíduo específico, nas doenças multifatoriais, como o DPOC, se algum fator de risco é mais relevante que outro;
- 7) também a úlcera gástrica e o AVC catalogam-se como doenças multifatoriais;
- 8) a hipertensão arterial é um dos fatores de risco para o AVC;
- 9) inexistem estudos científicos comprovando que o fumo seja um dos fatores de risco da hipertensão arterial sustentada; (...).

As observações da ilustre testemunha não impressionam, *data maxima venia*, até porque não afastam, de modo algum, a responsabilidade da demandada.

Primeiro (item 1), não afirmou, de maneira alguma, que o Sr. Pessin não tenha falecido em decorrência de enfizema pulmonar. Apenas referiu que, pelo que viu dos autos, não possuía elementos suficientes para asseverá-lo "sem medo de errar". Tal postura é compatível com a responsabilidade profissional de um médico que sequer conheceu o falecido Sr. Pessin, o qual não era seu paciente e com o qual jamais manteve qualquer contato.

Segundo (item 2), disse o óbvio, pois ninguém está a afirmar, seriamente, que todos os fumantes irão desenvolver câncer ou terão membros amputados. O que diz a literatura médica, como demonstrado durante toda esta longa sentença, é que fumantes possuem muito maior probabilidade de contrair doenças relacionadas ao consumo de nicotina e outras milhares de substâncias tóxicas encontradas no cigarro.

Terceiro (item 3), o estudo desenvolvido em SP apenas confirma a tese autoral.

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

46

O item 4, da mesma forma, está a confirmar a pretensão dos autores, tudo apontando para a maior probabilidade de doenças (inclusive pulmonares) desenvolvidas em fumantes.

Todos conhecemos, (item 5) a diferença conceitual entre as expressões "fator de risco" e "causa", e ninguém afirmou ou está a afirmar que o cigarro é sempre e só a causa de enfizema pulmonar e câncer, por exemplo.

Também indiscutível (item 6) que não há como afirmar, em relação a um indivíduo específico, nas doenças multifatoriais, como o DPOC, se algum fator de risco é mais relevante que outro. Isso, porém, não afasta a enorme probabilidade de o cigarro ser "o fator de risco" que levou ao óbito do Sr. Pessin.

Os dois itens seguintes (7 e 8), igualmente, apresentam-se indiscutíveis, mas não infirmam as teses apresentadas na exordial.

O item final (9), porém, afirma que inexistem estudos científicos comprovando que o fumo seja um dos fatores de risco da hipertensão arterial sustentada. Com o devido respeito, a assertiva não encontra eco no entendimento publicizado pelo INCA, como se verá.

Analisemos, pois, a prova até aqui produzida acerca do nexu causal.

Com a peça de apresentação, fez-se juntar relatório médico firmado pelo Dr. Paulo Sérgio dos Santos (CRM 8715), donde se extrai que o **Sr. Edison Pessin foi seu paciente**, restando internado por um período no **Hospital e Maternidade Sagrada Família de São Bento do Sul**. Diz ele: *"Interna com a seguinte história clínica: paciente com história de **AVC hemorrágico há 2 anos, com exaustiva investigação e tratamento clínico. DPOC enfisematoso em tratamento medicamentoso. Interna pela madrugada, com quadro clínico de AVC? AIT? Em déficit motor à direita, disfásico, torporoso com evolução favorável rapidamente. Chega ao Pronto Socorro Hipertenso. Provável lesão vascular difusa. Tabagista de longa data**"* (fl. 81).

Na fl. 82 lê-se documento firmado pelo Dr. Claudio Henrique do Amaral (CRM 5053): *"Relatório Médico – Declaro que o **Sr. Edison Pessin** esteve internado no **Hospital Regional Hans D. Schmidt** sob os meus cuidados no período de **05/01/1998 a 16/01/1998**, com diagnóstico de **hemorragia intracerebral**, sendo que a etiologia não foi definida. Tinha **antecedentes de enfisema pulmonar devido tabagismo há mais de 50 anos e hipertensão arterial sistêmica**".*

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

47

Também à fl. 83 há outro relatório médico, este assinado pelo Dr. Clóvis A. Tomelin (CRM 1455). Anota: "**O Sr Edison Pessin consultou comigo em 25/10/1995, apresentando na ocasião dispnéia acentuada. Foi solicitado RX de torax que mostrou pulmões hiperventilados, consequência do tabagismo do paciente. O ECG feito na ocasião mostrou efeito dielétrico no plano frontal, também consequência do tabagismo. Fazia uso constante de corticóides, broncodilatadores e nebulização. Fazia uso de lisinopril devido à hipertensão arterial**".

Ainda outro relatório médico, este firmado pelo Dr. Marcus Maluf (CRM 5074), fl. 84, dando conta que o **Sr Edison Pessin** fora seu paciente de 19/07/1996 a 12/03/1998 (última consulta com este esculápio). Diz: "**Era portador de enfisema pulmonar em estágio grave com sérias limitações para suas atividades diárias. Tabagista por 50 anos, até 1994 (sic). Fazia uso regular de corticóides e broncodilatadores. Em 02 de agosto de 1996 realizou um eletrocardiograma onde se observou uma alteração difusa na repolarização ventricular com efeito dielétrico no plano frontal. Em 12 de março de 1998, em sua última consulta realizada, apresentava quadro de sequela de um AVC ocorrido pouco tempo antes, onde na Tomografia Computadorizada de Crânio constatou-se Hematoma Têmporo-Parietal Esquerdo. Sua coordenação motora e de fala era bastante irregular. Medicado com Fenitoína, Aminofilina, Prednisona, Lizinopril e Midazolam**".

Um sem-número de outros exames, fichas de internação, receituários, ofícios e laudos foram juntados, fls. 86/126 e fls. 1108/1177, respeitantes ao histórico do Sr. Edison Pessin.

Portanto, de tudo conclui-se que efetivamente o Sr. Edison Pessin **padeceu, por longo período e aparentemente com muito sofrimento, de toda a sorte de doenças descritas nos documentos que acima indiquei. Faleceu por parada respiratória – insuficiência respiratória – enfisema pulmonar, o que, sem dúvidas, gera enorme e prolongada agonia.**

Restou ele internado em hospitais incontáveis vezes, submetido a todo o tipo de exames clínicos, radiológicos, tomografias, vitimado por AVC, enfisema pulmonar, hipertenso, sendo-lhe ministrados infinitos medicamentos/remédios os mais variados, levando uma vida visivelmente sub-humana (como descrito à fl. 84 - "sérias limitações para suas atividades diárias")

De todos os documentos juntados (e destaquei os que entendi mais importantes, fls. 81, 82, 83 e 84), repito, de todos eles, sobressai sempre a mesma impressionante observação acerca do Sr. Edison: "**Tabagista de longa data**" (fl. 81), "**antecedentes de enfisema pulmonar devido tabagismo há mais de 50 anos e hipertensão arterial sistêmica**" (fl. 82),

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

48

"**pulmões hiperventilados, consequência do tabagismo do paciente. O ECG feito na ocasião mostrou efeito dielétrico no plano frontal, também consequência do tabagismo**" (fl. 83) " e "**Tabagista por 50 anos, até 1994 (sic)**" (fl. 84).

Ainda, para corroborar meu entendimento a respeito da clara existência de nexos causais, anoto que, para o Ministério da Saúde (sítio <http://www.inca.gov.br/tabagismo>), "**o tabagismo é diretamente responsável por 30% das mortes por câncer, 90% das mortes por câncer de pulmão, 25% das mortes por doença coronariana, 85% das mortes por doença pulmonar obstrutiva crônica e 25% das mortes por doença cerebrovascular. Outras doenças que também estão relacionadas ao uso do cigarro são aneurisma arterial, trombose vascular, úlcera do aparelho digestivo, infecções respiratórias e impotência sexual no homem. Estima-se que, no Brasil, a cada ano, 200 mil pessoas morram precocemente devido às doenças causadas pelo tabagismo, número que não pára de aumentar.**"

Explicitei, acima, que o *de cujus* veio a falecer em razão de '**parada respiratória, insuficiência respiratória e enfisema pulmonar**', conforme consta de seu atestado/certidão de óbito. O Sr. Edison também já padecerá em razão de **AVC hemorrágico, enfisema**, diagnosticado com **hemorragia intracerebral**, possuía **déficit motor**, era **hipertenso (hipertensão arterial sistêmica)**, utilizava constantemente corticóides, broncodilatadores e nebulização, fazendo uso de lisinopril devido à hipertensão arterial (todos estes fatos, segundo os quatro médicos que os atestaram, **relacionados ao tabagismo prolongado**).

Teriam esses profissionais da saúde, todos respeitados em nossa comunidade, exagerado em suas anotações?

Consultando o sítio do INCA, como há pouco referi, notei evidente encadeamento entre as doenças e *causa mortis* do Sr. Edison Pessin com aquelas retratadas pelo Ministério da Saúde, como **decorrentes do consumo de cigarros (tabagismo)**.

Segundo o Ministério da Saúde, no sítio do Instituto Nacional do Câncer, <http://www.inca.gov.br/tabagismo/>:

Doenças associadas ao uso dos derivados do tabaco

*Muitos estudos desenvolvidos até o momento evidenciam sempre o mesmo: o consumo de derivados do tabaco causa quase 50 DOENÇAS DIFERENTES, principalmente as doenças cardiovasculares (infarto, angina) o câncer e as **doenças respiratórias obstrutivas crônicas (ENFISEMA e bronquite)**.*

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

49

Além disso, esses estudos mostram que o tabagismo é responsável por:

- 200 mil mortes por ano no Brasil** (23 pessoas por hora);
- 25% das mortes causadas por doença coronariana - angina e infarto do miocárdio;
- 45% das mortes causadas por doença coronariana na faixa etária abaixo dos 60 anos;
- 45% das mortes por infarto agudo do miocárdio na faixa etária abaixo de 65 anos;
- 85% das mortes causadas por bronquite e enfisema;**
- 90% dos casos de câncer no pulmão (entre os 10% restantes, 1/3 é de fumantes passivos);
- 30% das mortes decorrentes de outros tipos de câncer (de boca, laringe, faringe, esôfago, pâncreas, rim, bexiga e colo de útero);
- 25% das doenças vasculares (entre elas, derrame cerebral).**

O tabagismo ainda pode causar:

- impotência sexual no homem;
- complicações na gravidez;
- aneurismas arteriais;
- úlcera do aparelho digestivo;**
- infecções respiratórias;**
- trombose vascular.

Em 2005, o câncer foi responsável por 7,6 milhões de mortes no mundo, ou seja 13% de todos os 53 milhões de óbitos registrados naquele ano. O tipo com maior mortalidade foi o câncer de pulmão (1,3 milhão de mortes). No Brasil, o câncer de pulmão é o tipo de tumor mais letal e também uma das principais causas de morte no país. As estimativas sobre a incidência e mortalidade por câncer, publicadas a cada dois anos pelo INCA indicam que, em 2009, 45 mil pessoas deverão adoecer de câncer de pulmão no Brasil (18 mil homens e 27 mil mulheres).

Porém, ao parar de fumar, o risco de ter essas doenças vai diminuindo gradativamente e o organismo do ex-fumante vai se restabelecendo.

Fontes:

BANCO MUNDIAL, 1999. A epidemia do tabagismo: Os governos e os aspectos econômicos do controle do Tabaco. The World Bank, agosto.

Doll R, Peto R. 9ª Conferência Mundial sobre Tabacco e saúde.

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

50

Paris, 1994.

Doll, R. & Peto,R.; Wheatley K, et al. Mortality in relation to smoking: 40 years'observations on male. *British Doctors*. *BMJ*, 309: 301-310, 1994.

International Agency of Reaserch in Câncer (IARC). *Environmental Carcinogens methods of analysis and exposure measurement. Passive Smoking*. Vol 9, Scientific Publications n.31, Lyon, France 1987.

Ministério da Saúde. Secretaria de Assistência à Saúde. Instituto Nacional de Câncer - INCA, *Falando sobre Tabagismo*. 3ª edição, 1998.

MINISTERIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Câncer/Fundação Getúlio Vargas. *Cigarro Brasileiro. Análises e Propostas para Redução do Consumo*. Rio de Janeiro, 2000.

Ministério da Saúde. Secretaria de Assistência à Saúde. Instituto Nacional de Câncer - INCA. *Estimativas da Incidência e Mortalidade por Câncer*. Rio de Janeiro: INCA, 2002.

ROSEMBERG, J. *Pandemia do tabagismo – Enfoques Históricos e Atuais São Paulo – SES*, 2002.

U.S. Department of Health and Human Services. *The health consequences smoking: a report of the Surgeon General*. Washington DC; U.S. Government Printing Office, 2004.

World Health Organization. *World no-Tobacco Day. Tobacco and poverty: a vicious circle*, 2004.

World Health Organization (WHO). *Tobbaco Free Initiative*.<http://www.who.int/tobacco/en>

Cotejando a *causa mortis* e as doenças do Sr. Edison Pessin – tudo aliado ao consumo de cigarros por prolongado tempo – com os dados do Ministério da Saúde, percebe-se absoluta e inescandível semelhança conclusiva.

As testemunhas Rosani e Paulo também confirmam a versão autoral.

Transcrevo e destaco:

Testemunha Rosani Teresinha Borges de Ramos

Conheceu o Sr. Pessin, pois trabalhava no supermercado que ficava ao lado de sua casa; Conheceu o Sr. Pessin por uns três ou quatro anos; Ele frequentava o mercado no qual a depoente trabalhava; a depoente jamais foi à casa do Sr. Pessin; Via o Sr. Pessin, pela proximidade, com bastante frequência; Conheceu o Sr. Pessin quando ele ainda fumava cigarros de papel; A depoente era fiscal de caixa, como até hoje o é, só que noutra supermercado, podendo por isso afirmar que as vezes em que atendeu o Sr. Pessin, o mesmo adquiriu cigarros da marca Hollywood; Não se

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

51

recorda de ter em nenhuma outra oportunidade vendido ao Sr. Pessin cigarro doutra marca; Acredita que os fatos acima relatados tenham acontecido por volta dos anos de 1992-1993; Não conheceu o Sr. Pessin doente; Dada a palavra ao Dr. Procurador dos autores, às suas reperfuntas foi respondido: **O Sr. Pessin frequentava o mercado todos os dias, e em todas as vezes que a depoente o atendeu, ele adquiriu cigarro;** Pelo que lembra, na época dos fatos, não havia advertência a respeito dos malefícios do cigarro; Via outros membros da família Pessin tanto no mercado como na residência que ficava ao lado; Esclarece que para ir ao trabalho tinha que passar pela casa da família Pessin; Não presenciou o Sr. Pessin fumando os cigarros que adquiria; Dada a palavra aos Drs. Procuradores da requerida, às suas reperfuntas foi respondido: Nada sabia a respeito da vida profissional do Sr. Pessin; **Saberia identificar a marca de cigarros adquirida por outros clientes do mercado que frequentavam aquele estabelecimento com a mesma frequência;** Pode citar, por exemplo, outro freqüentador diário do mercado que adquiria ali cigarros cujo nome é Hüebl; Na época, o Sr. Huebl fumava cigarro da marca continental; Outro cliente que lembra é o filho do Sr. Adriano da auto-escola Adriano, conhecido como "Mano", o qual adquire cigarros da marca Free; Atualmente fuma cigarros de papel, da marca Ritz; Não sabe se o Sr. Pessin parou ou não de fumar.

Testemunha Paulo Pereira

Conheceu o Sr. Pessin porque o mesmo cortava o cabelo em seu salão; Acredita que tenha atendido o Sr. Pessin entre os anos de 1995 a 2000; O Sr. Pessin cortava o cabelo a cada 45 ou 60 dias; A sua única convivência com o Sr. Pessin era no seu salão de cabelereiro. Dada a palavra ao Dr. Procurador dos autores, às suas reperfuntas foi respondido: O Sr. Pessin também lá fazia a barba; Às vezes o Sr. Pessin fazia ali apenas a barba, mas a frequência não variava muito; Na época trabalhavam três profissionais no salão; O Sr. Pessin cortava o cabelo e barba com qualquer dos atendentes que estivesse livre; **Viu o Sr. Pessin fumando várias vezes, enquanto esperava sua vez para ser atendido, sempre fora do estabelecimento, até por questão de educação, até porque na época podia se fumar em local fechado; O depoente fumava na época cigarro da marca Free, até porque era mais leve, mas o Sr. Pessin fumava cigarro da marca Holywood, fato este presenciado pelo depoente;** Não pode afirmar se o Sr. Pessin fumava ou não cigarro de outra marca; Perguntado se lembra de algum outro cliente habitual que fumasse, indicando a marca do cigarro, disse o depoente que há vários clientes que fumam, mas lembra no momento de nominar apenas o Sr. Jaime, do Banco do Brasil, seu cliente faz uns quinze anos, o qual fumava "cigarros do tipo Hollywood, Belmonte e Free"; Reperguntado, disse não ter certeza que Jaime fumasse Holywodd e Belmonte, mas confirma ter visto Jaime fumando cigarro da marca Free; **Reperguntado, confirma que o Sr. Pessin fumava cigarros da marca Holywood;** Lembrou agora também do Sr. Marcos, do restaurante Kako's, seu cliente faz uns quinze ou dezoito anos, fuma cigarros

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

52

*da marca Carlton; Não sabe afirmar se o Sr. Marcos fumava cigarros doutra marca; Como numa época o depoente também fumava, era comum fumar com os clientes; Aconteceu de o depoente ter fumado junto com o Sr. Pessin; Os dois filhos do Sr. Pessin também lá cortavam o cabelo; Enquanto aguardava os filhos cortarem o cabelo, o Sr. Pessin às vezes ia lá fora fumar. Dada a palavra ao Drs. Procuradores da requerida, às suas reperfuntas foi respondido: Não sabe nada acerca da vida profissional do Sr. Pessin; As conversas com o Sr. Pessin era de caráter geral, envolvendo política futebol, etc; Pela idade acredita que o Sr. Pessin era aposentado, mas nunca perguntar para saber ao certo; O depoente parou de fumar, faz uns três anos; Começou a fumar quando tinha uns quinze ou dezesseis anos de idade; Parou de fumar " por consciência mesmo, por questão de saúde"; **Começou a fumar porque há vinte ou vinte e cinco anos atrás "fumar era chique, diziam, e a gente até se espelhava nas pessoas que fumavam"; Quase todos os seus amigos daquela época fumavam; Não sabe se o Sr. Pessin parou ou não de fumar; Como todo mundo, o Sr. Pessin lia jornal e assistia tv no salão.***

As testemunhas Alcides (fl. 2091), José Rubens (fl. 2092), Nilza (fl. 2093), Waldemiro (fl. 2094) e Esmeralda (fl. 2095), ouvidas pelo d. Juízo deprecado, também roboram a versão autoral.

Diz **Alcides** que Edison Pessin (marido e pai dos autores) fumava cigarro e sempre o via com o da **marca "Continental"** no bolso, sendo que ele (Alcides) e o amigos diziam para Edison parar de fumar, "**mas ele era muito viciado**".

Anota **José Rubens** que "**Edison fumava bastante naquela época**, tal como o depoente". "Recorda-se que Edison fumava cigarro da **marca "Continental"**, o que também acontecia com o depoente, pois **era o cigarro da moda**. Edison tinha **problemas de respiração**. **Chegou a dizer para Edison parar de fumar, mas era muito difícil. O depoente parou de fumar com muita dificuldade**" e que "**a dificuldade mencionada está relacionada à dependência ao cigarro**". "**Começou a fumar (aos 15 anos de idade) para "mostrar que era homem"**".

Nilza afirma que **Edison fumava e tossia muito**, não lembrando da marca, mas que **ele fumava constantemente, o que até a "irritava"**.

Refere **Waldemiro** que **Edison fumava demais**. "Naquela época, apesar das várias marcas, Edison **fumava "Continental" sem filtro**". "Notava que **Edison sentia falta de ar, mas ele não largava o cigarro**" e que "Edison não largava o cigarro porque **era o vício dele**".

Esmeralda sustenta que Edison **fumava muito**, "até ficava com **unha amarela**". "Ele **entrava fumando, trabalhava fumando e saída da casa**".

também fumando". "Ele **tossia**, tinha **pigarros**".

Com efeito, o produto vendido pela ré - CIGARROS -, por tudo o que sobejamente restou acima demonstrado (sítio do INCA e doutrina de José Rosenberg), fere os mais mezinhos direitos do consumidor: agride-lhe deliberadamente a saúde (nicotina), periclita-lhe a vida (como no caso do Sr. Edison Pessin – lembre-se que o mesmo nasceu no ano de 1928 e começou a fumar com 16 anos de idade, isto é, em 1944), desinforma o consumidor (as empresas de tabaco sabem, desde a década de 1950, os riscos à saúde e os efeitos perversos da nicotina presente no cigarro) através de propaganda que, sob este prisma, deve ser mesmo tida como "enganosa", uma vez que nada disso era comunicado, de forma transparente e clara, aos consumidores (muito ao contrário, pelo afirmado no sítio do Ministério da Saúde, tudo era mesmo deliberadamente ocultado do consumidor pelas indústrias tabageiras).

Vale lembrar que tanto o cigarro da marca "continental" como o da marca "hollywood" são de fabricação da empresa demandada, o que, com o respeito merecido, não prejudica a tese autoral nem, tampouco, como quer a defesa, modifica a "causa de pedir".

Portanto, e para encerrar o tópico, não é de se admitir a estranha equação proposta pelos fabricantes de cigarro, pela qual ao consumidor restam as doenças, ao Estado as despesas com tratamentos de saúde e a elas, as empresas do tabaco, o lucro.

3.14. O dano

O outro elemento necessário à responsabilização civil é o dano.

"Dano", ensina o Prof. Fernando Noronha, *"é o prejuízo, de natureza individual ou coletiva, econômico ou não-econômico, resultante de **ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana**, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada. Só teremos responsabilidade civil quando existir um dano resultante de uma lesão antijurídica e só teremos esta quando existir um ato ou fato antijurídico, como caracterizado em seções anteriores [5.2.2;7.4.2]. **Isto significa que em casos especiais podemos ter danos reparáveis resultantes de fatos que são jurídicos e lícitos**: é o que acontece com os danos resultantes de atos justificados (isto é, praticados em situações em que seria inexigível outro*

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

54

comportamento), nas hipóteses em que estes acabem lesando terceiros [5.5.1; v.3, caps. 13 e 17]. **A lesão sofrida pode afetar valores ligados à própria pessoa do lesado, na sua integridade física, psíquica ou moral (quando teremos danos pessoais, ou à pessoa), ou pode atingir objetos do mundo externo, isto é, objetos materiais ou mesmo coisas incorpóreas (danos a coisa ou danos materiais). Os danos à pessoa podem consistir na ofensa à vida ou à integridade física de outrem (danos corporais) ou na afronta a sentimentos e outros valores espirituais ou afetivos (danos anímicos, ou morais em sentido estrito), tudo como teremos oportunidade de ver [8.1.2].** Por outro lado, essa lesão pode consistir num prejuízo patrimonial, ou pode reportar-se a valores insuscetíveis de avaliação pecuniária: no primeiro caso temos danos patrimoniais, no segundo eles serão **extrapatrimoniais (também chamados de danos morais em sentido amplo)**. Quando o prejuízo for econômico, pode traduzir-se em efetiva diminuição do valor do patrimônio, pode (sendo então chamado de dano emergente), ou na frustração de um acréscimo patrimonial esperado (lucro cessante). As duas classificações referidas são as fundamentais na matéria dos danos, mas há outras ainda. Por exemplo, a lesão pode também ocasionar danos que afetam pessoas certas e determinadas, na sua pessoa ou no seu patrimônio (danos individuais) ou pode atingir interesses coletivos, ou transindividuais (danos coletivos, ou transindividuais). **Sabemos que todo direito desempenha uma função social e que qualquer obrigação, de responsabilidade civil ou não, só é objeto de tutela jurídica na medida em que vise realizar um interesse legítimo do credor, assim considerado do ponto de vista social [1.3.4.c;8.1.1]. Por isso, qualquer dano, tanto a coisas como à pessoa, só será objeto de reparação se corresponder a um interesse que seja socialmente tido como sério e útil; não haverá tutela para interesses que não tenham essas características.** (ibidem, página 474).

No caso concreto, por tudo o que foi exposto, o dano causado pelo
Endereço: «Endereço Completo da Vara do Processo#Re»

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

55

produto comercializado pela demandada é manifesto, resultando nas inúmeras doenças enfrentadas durante a vida pelo Sr. Pessin, marido e pai dos autores, culminando no seu falecimento.

3.15. A jurisprudência

O Eg. Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul possui posicionamento que vai ao encontro de meu entendimento. Transcrevo algumas decisões:

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

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

56

*secretos dessas empresas, revelados nos Estados Unidos em ação judicial movida por estados norte-americanos contra grandes empresas transnacionais de tabaco, arquivos esses que se contrapõem e desmentem o posicionamento público das empresas – revelando-o falso e doloso, pois divulgado apenas para enganar o público – e demonstrando a real orientação das empresas, adotada internamente, no sentido de que sempre tiveram pleno conhecimento e consciência de todos os males causados pelo fumo. E tal posicionamento público, falso e doloso, sempre foi historicamente sustentado por maciça propaganda enganosa, que reiteradamente associou o fumo a imagens de beleza, sucesso, liberdade, poder, riqueza e inteligência, omitindo, reiteradamente, ciência aos usuários dos malefícios do uso, sem tomar qualquer atitude para minimizar tais malefícios e, pelo contrário, trabalhando no sentido da desinformação, aliciando, em particular os jovens, em estratégia dolosa para com o público, consumidor ou não. O nexo de causalidade restou comprovado nos autos, inclusive pelo julgamento dos embargos infringentes anteriormente manejados, em que se entendeu pela desnecessidade de outras provas, porquanto fato notório que a nicotina causa dependência química e psicológica e que o hábito de fumar provoca diversos danos à saúde, entre os quais o câncer e o enfisema pulmonar, males de que foi acometido o falecido, não comprovando, a ré, qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos autores (art. 333, II, do CPC). O agir culposo da demandada evidencia-se na omissão e na negligência, caracterizando-se a omissão na ação. O art. 159 do CCB/1916 já previa o ressarcimento dos prejuízos causados a outrem, decorrentes de omissão e negligência, sendo que o criador de um risco tem o dever de evitar o resultado, exatamente porque, não o fazendo, comete a omissão caracterizadora da culpa, a chamada omissão na ação conceituada na doutrina do preclaro Cunha Gonçalves, a qual é convergente com as lições de Sergio Cavalieri Filho e Pontes de Miranda, sendo a conduta da demandada violadora dos deveres consubstanciados nos brocardos latinos do *neminem laeder, suum cuique tribuere* e no próprio princípio da boa-fé objetiva existente desde sempre no Direito Brasileiro. A conduta anterior criadora do risco enseja o dever, decorrente dos princípios gerais de direito, de evitar o dano, o qual, se*

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

57

não evitado, caracteriza a culpa por omissão. Como acentua a doutrina, esse dever pode nascer de uma conduta anterior e dos princípios gerais de direito, não sendo necessário que esteja concretamente previsto em lei, bastando apenas que contrarie o seu espírito. Não obstante ser lícita a atividade da indústria fumageira, a par de altamente lucrativa, esta mesma indústria, desde o princípio, sempre teve ciência e consciência de que o cigarro vicia e causa câncer, estando cientificamente comprovado que o fumo causa dependência química e psíquica, câncer, enfisema pulmonar, além de outros males, de forma que a omissão da indústria beira as fronteiras do dolo. A ocultação dos fatos, mascarada por publicidade enganosa, massificante, cooptante e aliciante, além da dependência química e psíquica, não permitia e não permite ao indivíduo a faculdade da livre opção, pois sempre houve publicidade apelativa, sobretudo em relação aos jovens, sendo necessário um verdadeiro clamor público mundial para frear a ganância da indústria e obrigar o Poder Público à adoção de medidas de prevenção a partir de determinações emanadas de órgãos governamentais. Ainda que se considere que a propaganda e a dependência não anulem a vontade, o fato é que a voluntariedade no uso e a licitude da atividade da indústria não afastam o dever de indenizar. Desimporta a licitude da atividade perante as leis do Estado e é irrelevante a dependência ou voluntariedade no uso ou consumo para afastar a responsabilidade. E assim é porque simplesmente o ordenamento jurídico não convive com a iniquidade e não permite que alguém cause doença ou mate seu semelhante sem que por isso tenha responsabilidade. A licitude da atividade e o uso ou consumo voluntário não podem levar à impunidade do fabricante ou comerciante de produto que causa malefícios às pessoas, inclusive a morte. Sempre que um produto ou bem – seja alimentício, seja medicamento, seja agrotóxico, seja à base de álcool, seja transgênico, seja o próprio cigarro – acarrete mal às pessoas, quem o fabricou ou colocou no mercado responde pelos prejuízos decorrentes. Ante as conseqüências desastrosas do produto, como é o caso dos autos, que levam, mais tragicamente, à morte, não pode o fabricante esquivar-se de arcar com as indenizações correspondentes. Mesmo que seja lícita a atividade, não pode aquele que a exerce, cometendo abuso de seu direito,

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

58

por omissão, ocultar as conseqüências do uso do produto e safar-se da responsabilidade de indenizar, especialmente se, entre essas conseqüências, estão a causação de dependência e de câncer, que levaram a vítima à morte. E também não pode esquivar-se da responsabilidade porque sempre promoveu propaganda ligando o uso do produto a situações de sucesso, riqueza, bem estar, vida saudável, entre outras, situações exatamente contrárias àquelas que decorrem e que são conseqüências do uso de um produto como o cigarro.

Ademais, aplica-se também ao caso dos autos o Código de Defesa do Consumidor, porquanto a ocorrência do resultado danoso se deu em plena vigência do Regramento Consumerista, que é norma de ordem pública e de interesse social (art. 1º do CDC), e por isso de aplicação imediata. O cigarro é produto altamente perigoso, não só aos fumantes como também aos não-fumantes (fumantes passivos ou bystanders), caracterizando-se como defeituoso, uma vez que não oferece a segurança que dele se pode esperar, considerando-se a apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam (art. 12, § 1º, do CDC), situação que importa na responsabilidade objetiva do fabricante, que apenas se exime provando que não colocou o produto no mercado, ou que, embora o haja colocado, o defeito inexistia ou que o mal não foi causado, ou, por fim, que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro, o que aqui não se caracteriza porque o ato voluntário do uso ou consumo não induz culpa e, na verdade, no caso, sequer há opção livre de fumar ou não fumar, em decorrência da dependência química e psíquica e diante da propaganda massiva e aliciante, que sempre ocultou os malefícios do cigarro, o que afasta em definitivo qualquer alegação de culpa concorrente ou exclusiva da vítima. A indenização pelos danos materiais deverá ressarcir a venda de imóvel e de bovinos, despesas médicas e hospitalares comprovadas, hospedagem de acompanhantes durante a internação e gastos com o funeral. Também são indenizáveis os prejuízos decorrentes do fechamento do mini-mercado da vítima, desde a época da constatação da doença até a data em que o falecido completaria 70 anos de idade, conforme a expectativa de vida dos gaúchos, valor a ser apurado de acordo com a média de lucro dos últimos 12 meses de funcionamento anteriores à constatação da doença. As demais pretensões indenizatórias impõem-se indeferidas, porquanto não comprovados os prejuízos (art. 333, I, do CPC). A título de danos morais, tem-se como razoável, prudente e suficiente a fixação da quantia de 600 salários

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

59

mínimos nacionais para a esposa, de 500 para cada um dos quatro filhos e de 300 para cada um dos genros, totalizando, a indenização a esse título, 3.200 salários mínimos nacionais, diante das peculiaridades do caso e da necessidade de atender o caráter sancionatório-punitivo e a finalidade reparatório-compensatória da verba, sem implicar enriquecimento indevido dos demandantes. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA, POR MAIORIA (AC 70000144626 - 9ª CC).

E ainda,

DANO MORAL. CIGARROS. CAUSAS MORTAIS QUE PODEM ORIGINAR: 'ENFISEMA PULMONAR', 'ARRITMIA CARDÍACA' E 'CÂNCER PULMONAR', ENTRE OUTRAS. NEXO CAUSAL COMPROVADO, FACE AO CONSUMO DO CIGARRO E O EVENTO MORTE. PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA QUE SE APLICA AO CCv/16, INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (arts. 6º, incisos I, III, IV, VI e VIII, e 12, par. 1º) E ART. 159 DO CCv/16, NA MODALIDADE OMISSÃO NA AÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 335 DO CPC: "REGRAS DE EXPERIÊNCIA COMUM". INDENIZAÇÃO DEVIDA. (PRECEDENTE: Apelação Cível n. 70000144626, Redator para o acórdão Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, j. em 29.10.03, 9ª. Câmara Cível). APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME (TJRS, 9ª CC, AC 70007090798. Tania Regina dos Santos Pinto versus Souza Cruz S/A, j em 19/11/2003).

*O enquadramento legal do agir da ré incide na disposição do art. 12, par. 1º, do Código de Defesa do Consumidor, que considera o cigarro como produto defeituoso, visto não oferecer segurança que dele legitimamente se pode esperar, considerando-se a apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam. Washington Peluso Albino de Souza, em artigo publicado na Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial (Repositório de Jurisprudência autorizado pelo STF, sob n. 004/85 e pelo STJ, sob n. 12 'Portaria n. 8/90', Ano 15, Outubro-Dezembro/1991, n. 58, artigo denominado: "Considerações a respeito do Código de Proteção e defesa do consumidor, pág. 106), ao tratar da "responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, referida aos 'defeitos' e às informações insuficientes e inadequadas sobre a utilização e os riscos e responsabilidades do fabricante, do produtor, do construtor nacional ou estrangeiro e do importador", salienta que: "**Sua responsabilidade independe da***

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

60

existência de culpa e dela somente se exigem se houver culpa exclusiva do consumidor (art. 12, par. 3º, III), ou por não ter colocado o produto no mercado ou, se o fez, nele não existir defeito. "O comerciante pode ser o responsável, por ser o elemento habitualmente em contato com o consumidor, e na hipótese de não se identificarem os demais fornecedores da cadeia seqüencial de atividades".

"Quanto ao defeito no serviço, o fornecedor é o responsável, também independentemente de culpa, à exceção dos profissionais liberais, cuja responsabilidade se apura mediante a verificação da culpa". PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, desembargador deste colendo Tribunal e que já integrou esta Câmara, assevera que: "Salvatore Patti, ao analisar o art. 8º da lei italiana sobre responsabilidade por produtos defeituosos (D.P.R. n. 224/88), observa a necessidade de se analisar a prova do nexo de causalidade sob nova perspectiva, mais compatível com as exigências do mercado de consumo. Expressa entendimento que se mostra adequado também ao direito brasileiro". **"A efetiva proteção do consumidor exige que se redimensionem as exigências probatórias para sua adaptação à complexidade das relações de consumo, inclusive com a aplicação conjugada da teoria da equivalência dos antecedentes e da teoria da causalidade adequada em sua formulação negativa."** "O consumidor prejudicado deve comprovar que o produto ou serviço situam-se dentro do leque de possíveis causas do evento danoso por ele sofrido. Após, compete ao fornecedor demonstrar a inexistência de defeito. Verificada a ocorrência do defeito, o ônus da prova de que ele é causa inteiramente inadequada também pertence ao fornecedor do produto ou serviço em questão no processo de causação do dano." "Assim, além das eximentes elencadas nos arts. 12 e 14, par. 3º, do CDC, competirá também ao fornecedor demonstrar que o defeito do produto ou do serviço, ainda que existente, não foi causa adequada do dano sofrido pelo consumidor, ou não o foi na extensão..." apontada. (o grifo é nosso). (in "Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor", 2002, Ed. Saraiva, pag. 245). À pág. 346 e 347 de sua obra, ressalta o eminente desembargador Sanseverino que: "Nessas situações, haverá, freqüentemente, necessidade da formulação de um juízo de probabilidade ou de razoabilidade, no caso concreto, na valoração da prova, para a correta avaliação da veracidade dos fatos. Isso poderá ser feito em benefício do fornecedor ou do

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

61

consumidor: em favor do fornecedor, no exame, por exemplo, da alegação de inexistência de defeito; em favor do consumidor, no exame, em especial, do nexó de causalidade ou, até mesmo, da extensão dos danos". "(...)"
"O juiz, ao avaliar a prova, não deve formular um simples juízo de possibilidade da veracidade das alegações da parte; contudo, convencendo-se da forte probabilidade de serem verdadeiros os fatos afirmados pelo consumidor ou pelo fornecedor, deve contentar-se com os elementos probatórios produzidos na formulação do seu juízo decisório para efeito de uma justa composição". Incide, ainda, a ré, com o seu agir, na disposição do art. 6º e incisos I, III, IV, VI e VIII, do citado diploma de defesa do consumidor. Por outro lado, não se discute da licitude ou não do agir da empresa que fabrica o cigarro, pois se sabe que está a agir com a conivência da Federação e do Estado, que se beneficiam com o retorno de impostos. "Ocorre que, para que haja responsabilização civil, a conduta não precisa ser necessariamente ilícita, deve ser uma conduta que causa dano a outrem. O que está em jogo não é a natureza jurídica da conduta das empresas fabricantes de cigarro, mas sim os danos causados por essa conduta, seja ela lícita ou não", na advertência de ADRIANA DO COUTRO LIMA PEDREIRA (in Responsabilidade Civil das Empresas Fabricantes de Fumo, Ed. Forense, pág. 62). (TJRS, 9ªCC, AC 7000709098, j. 19/11/2003). **ILEGITIMIDADE PASSIVA, NO CASO CONCRETO, DE UMA DAS CO-RÉS. CARACTERIZAÇÃO DO NEXO CAUSAL QUANTO À OUTRA CO-DEMANDADA. CULPA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DECORRENTE DE OMISSÃO E NEGLIGÊNCIA, CARACTERIZANDO-SE A OMISSÃO NA AÇÃO. APLICAÇÃO, TAMBÉM, DO CDC, CARACTERIZANDO-SE, AINDA, A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INDENIZAÇÃO DEVIDA.** A prova dos autos revela que a vítima falecida teria fumado durante 40 anos, cerca de 40 cigarros por dia, tendo adquirido enfisema e câncer pulmonar que lhe acarretaram a morte. Não havendo comprovação de que o de cujus consumisse os cigarros fabricados pela co-ré Souza Cruz, impõe-se, no caso concreto, reconhecer ilegitimidade passiva desta. É fato notório, cientificamente demonstrado, inclusive reconhecido de forma oficial pelo próprio Governo Federal, que o fumo traz inúmeros malefícios à saúde, tanto à do fumante como à do não-fumante, sendo, por tais razões, de ordem médico-científica, inegável que a nicotina vicia, por isso que gera dependência química e psíquica, e causa câncer de pulmão, enfisema pulmonar, infarto

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

62

do coração entre outras doenças igualmente graves e fatais. A indústria de tabaco, em todo o mundo, desde a década de 1950, já conhecia os males que o consumo do fumo causa aos seres humanos, de modo que, nessas circunstâncias, a conduta das empresas em omitir a informação é evidentemente dolosa, como bem demonstram os arquivos secretos dessas empresas, revelados nos Estados Unidos em ação judicial movida por estados norte-americanos contra grandes empresas transnacionais de tabaco, arquivos esses que se contrapõem e desmentem o posicionamento público das empresas – revelando-o falso e doloso, pois divulgado apenas para enganar o público – e demonstrando a real orientação das empresas, adotada internamente, no sentido de que sempre tiveram pleno conhecimento e consciência de todos os males causados pelo fumo. E tal posicionamento público, falso e doloso, sempre foi historicamente sustentado por maciça propaganda enganosa, que reiteradamente associou o fumo a imagens de beleza, sucesso, liberdade, poder, riqueza e inteligência, omitindo, reiteradamente, ciência aos usuários dos malefícios do uso, sem tomar qualquer atitude para minimizar tais malefícios e, pelo contrário, trabalhando no sentido da desinformação, aliciando, em particular os jovens, em estratégia dolosa para com o público, consumidor ou não. O nexó de causalidade restou comprovado nos autos, inclusive pelo julgamento dos embargos infringentes anteriormente manejados, em que se entendeu pela desnecessidade de outras provas, porquanto fato notório que a nicotina causa dependência química e psicológica e que o hábito de fumar provoca diversos danos à saúde, entre os quais o câncer e o enfisema pulmonar, males de que foi acometido o falecido, não comprovando, a ré, qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos autores (art. 333, II, do CPC). O agir culposo da demandada evidencia-se na omissão e na negligência, caracterizando-se a omissão na ação. (TJRS, 9ªCC, AC 7000709098, Tânia Pinto versus Souza Cruz, j. 19/11/2003).

Na mesma toada,

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE FUMANTE QUE INICIOU O VÍCIO DO TABAGISMO ANTES DA VIGÊNCIA DO CDC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FABRICANTE OU FORNECEDOR PELO FATO DO PRODUTO (ART. 6º, INCISO VI, 9º E ART. 12, DO CDC). DIREITO

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

63

COMPARADO. PRESSUPOSTOS. **DEFEITO DE PRODUTO INERENTEMENTE PERIGOSO EM RAZÃO DA VIOLAÇÃO DE UMA LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE SEGURANÇA CAPAZ DE PROVOCAR DANOS À SAÚDE DOS CONSUMIDORES. NEXO DE CAUSALIDADE SOB A PERSPECTIVA MÉDICA E JURÍDICA. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ EM RAZÃO DA OMISSÃO EM ALERTAR AOS CONSUMIDORES DE CIGARROS SOBRE OS CONHECIDOS DANOS À SAÚDE PELO ATO DE FUMAR PRODUTO INERENTEMENTE PERIGOSO. CONTRIBUIÇÃO DA VÍTIMA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. 1. AGRAVO RETIDO.** Não foi apresentado incidente de impugnação ao valor da causa no momento oportuno, motivo pelo qual se operou a preclusão temporal, a teor do art. 183 do CPC. Ainda assim não fosse, o pedido da ação originária diz com a procedência da ação para condenar a demandada ao pagamento de indenização por danos morais, em valor a ser arbitrado pelo juízo. A parte autora, portanto, não especificou a quantia pleiteada, deixando-a a critério do Juiz, de acordo com a ponderação dos critérios pertinentes. Trata-se de manifesto pedido genérico, motivo pelo qual perfeitamente cabível a fixação do valor da causa como o de alçada. Evidente a viabilidade de deduzir pedido de condenação por danos morais, baseados no sofrimento psíquico, emocional que não encontra exata mensuração econômica no momento da propositura da ação e depende de arbitramento judicial, não encontrando óbice na vedação legal do art. 286 do CPC. **2. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (DIREITO INTERTEMPORAL)** Por manifestação expressa do legislador, as normas jurídicas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública, devendo ser aplicadas de forma imediata aos contratos ou relações de consumo em curso e aos fatos ainda não consumados e não integrantes do patrimônio do titular do direito ante o interesse público existente. Como o hábito de fumar fora adquirido anteriormente, e a relação consumerista persistiu após a entrada em vigor do CDC, inclusive o diagnóstico, hospitalização e morte da vítima ocorreram em plena vigência dessa legislação protetiva, aplicável o sistema de responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor. Por outro lado, aplicam-se os brocardos da *mihi factum, dabo tibi ius* (dá-me o fato, dar-te-ei o direito) ou então o *iura novit curia* (o juiz conhece o direito), de modo que era lícito ao juiz sentenciante reconhecer a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, ainda que a petição inicial da ação indenizatória tenha sido fulcrada na responsabilidade civil subjetiva do Código Civil de 1916. **3. A LICITUDE DA CONDOTA da ré, em fabricar e comercializar cigarros, não importa ao deslinde do feito, para o que**

imprescindível é examinar as particularidades do produto colocado no mercado, seja no plano interno, seja no plano externo. Os atos ilícitos, sem a intenção de esgotá-los, restaram configurados: (a) na omissão das fornecedoras de tabaco em informar, à época em que o adolescente iniciou a fumar, de maneira adequada e clara, sobre as características, composição, qualidade e riscos que o cigarro poderia gerar aos seus consumidores (vício de informação); (b) na publicidade insidiosa e hipócrita difundida há tempo pelas fornecedoras de tabaco, vinculando o cigarro a situações como sucesso profissional, beleza, prazer, saúde, requinte etc.; (c) no fato de as indústrias do fumo inserirem no cigarro substância que acarreta dependência aos seus utentes (nicotina), obrigando-os a consumir mais e mais o produto nocivo, não por uma escolha consciente, mas em razão de uma necessidade química.

4. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR. *Em matéria de proteção da saúde e segurança dos consumidores vige a noção geral da expectativa legítima, é dizer, a idéia de que os produtos e serviços colocados no mercado devem atender às expectativas de segurança que deles legitimamente se espera. Em primeiro lugar, exige-se que a existência da periculosidade esteja em acordo com o tipo específico de produto ou serviço (critério objetivo). Em segundo lugar, o consumidor deve estar total e perfeitamente apto a prevê-la, ou seja, o risco não o surpreende (critério subjetivo). O § 1º, do art. 12, do CDC, após salientar que só há responsabilidade civil do fornecedor se houver defeito no produto introduzido no mercado, dispõe, a título exemplificativo, que "o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera". Portanto, o conceito de defeito não se relaciona propriamente com a inaptidão do produto para seus fins, mas, antes, com a violação de uma legítima expectativa de segurança, que é capaz de provocar danos aos consumidores. O fato de alguns tabagistas conseguirem largar o vício por conta própria ou com ajuda médica, não exclui a responsabilidade do fabricante, visto que o abandono do vício depende de fatores subjetivos e características individuais dos consumidores. Entretanto, o vício possui a mesma gênese para todos os tabagistas: o consumo de cigarros e o vício pela nicotina. Parar de fumar não significa que a nicotina não vicia ou que o cigarro não possui outros componentes que induzem o consumo de cigarros. **A abdicação do vício pelo fumo não depende apenas de uma decisão do próprio fumante ou de sua autodeterminação. Desse modo, os riscos inerentes ao consumo do cigarro não são considerados normais e***

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

65

previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição (art. 8º do CDC), porquanto a expectativa dos tabagistas não é desfrutar de doenças associadas ao consumo de cigarro ou provocar a morte a longo prazo. Ao revés, pretendem obter a sensação calmante e prazerosa provocada pelo consumo de cigarros, estes sim considerados normais e previsíveis.

5. DIREITO COMPARADO. A recente terceira grande onda de litigância contra as empresas de tabaco nos Estados Unidos da América alterou seu curso de modo que está se consolidando a tendência dos Tribunais norteamericanos em condenar as empresas tabagistas. A partir de maio de 1994, se fizeram públicos documentos internos (conhecidos como 'cigarette papers') de algumas empresas tabagistas, que revelariam que as indústrias do fumo sabiam dos riscos para a saúde derivados do consumo de tabaco desde princípios e meados dos anos cinquenta e, apesar disso, teriam omitido as advertências relevantes ao ponto de, recentemente, os governos dos Estados da União terem decidido acionar, por meio de 'class actions' a indústria de cigarros para obter o reembolso dos gastos médico-sanitários destinados à saúde por danos relacionados ao tratamento de enfermidades presumidamente relacionadas com o consumo do tabaco.

6. O CIGARRO COMO PRODUTO INERENTEMENTE PERIGOSO. O tabaco é considerado como um produto inerentemente perigoso por conter em si riscos para as vítimas e cujo próprio projeto ou natureza implica uma série de características em virtude das quais não é possível a existência de uma alternativa mais segura, uma vez que se assim se fizesse se descaracterizaria a própria natureza desse produto. Trata-se de produtos nos quais ocorre o paradoxo de que podem ocasionar conseqüências muito negativas, porém, nem por isso, podem ser reputados como inseguros ou desarrazoadamente perigosos.

7. NEXO CAUSAL ENTRE O TABAGISMO E A MORTE. A epidemiologia como método genérico para determinar a causalidade na responsabilidade civil pelo produto. Segundo a teoria da causalidade adequada, aplicada ao âmbito da responsabilidade civil pelo produto, para que se configure o nexo de causalidade, basta que haja séria probabilidade de ocorrência do dano, sendo suficiente que este não seja atribuível a circunstâncias extraordinárias ou situações improváveis, que não seriam consideradas por um julgador prudente. Nesta perspectiva do nexo causal epidemiológico, subministrado pelas regras do que ordinariamente acontece, a prova coligida aos autos conforta a presença do liame de causalidade entre o tabagismo e a neoplasia pulmonar que produziu a morte da

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

66

vítima. **8. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ NA CONDUTA DA RÉ. É certo que o dever de informação foi instituído expressamente apenas com o advento da Lei 8.078/90. Não obstante, já existia no ordenamento civil o princípio da boa-fé objetiva (regra de conduta), que, em essência, impunha restrições à comercialização de produtos nocivos. Com efeito, aqui não se avoca as disposições do Código de Defesa do Consumidor, mas, sim, o denominado princípio da boa-fé "que inobstante não previsto expressamente no Código Civil de 1916, era acolhido pelo sistema de responsabilidade civil", o qual preceitua uma conduta reta entre os contraentes, de forma a proteger a legítima expectativa do outro. Mesmo inexistente previsão legal do dever de informação ao tempo em que o autor começou a fumar (1963), certo é que a demandada deixou de fazer advertência que deveria ser feita, ou que deveria o fabricante saber necessária, incorrendo em violação à necessária boa-fé no tráfego comercial, por omitir dado essencial do produto, já que a ocultação desta informação, por si só, configura a enganiosidade. Com efeito, a existência de ardil fantasioso utilizado com o fim de atrair a simpatia do espectador em relação ao produto torna a publicidade enganosa.** **9. QUANTUM INDENIZATÓRIO.** Não persiste qualquer dúvida acerca da tristeza, do sofrimento e da angústia enfrentadas pela companheira e pelo filho do de cujus ao ter de presenciar a degradação progressiva da saúde do ente querido, sem lograr êxito nas tentativas de ajudá-lo a se livrar do vício. A ré induziu o vício de forma direta, por meio de propagandas, com a finalidade única de obter lucro, sem preocupação com a saúde do consumidor. Curial que se reconheça a contribuição da vítima para a sua morte, na medida em que foi alertada por pessoas próximas sobre o perigo da continuidade do tabagismo, conforme a própria petição inicial expõe, motivo pelo qual correta a redução perpetrada no Juízo a quo em 2/3 do valor indenizatório. Incabível maior redução do quantum, dado que o desencadeamento do vício deve ser atribuído à demandada. "DESPROVERAM O AGRAVO RETIDO E O RECURSO DE APELAÇÃO, E DE OFÍCIO, FIXARAM OS JUROS MORATÓRIOS LEGAIS A PARTIR DA SENTENÇA. UNÂNIME." (**Apelação Cível Nº 70016845349**, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 12/12/2007).

O Eg. Tribunal do Estado de São Paulo já decidiu:

Responsabilidade civil - Indenização por danos morais e materiais - Tabagismo - Amputação dos membros inferiores -

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

67

*Vítima acometida de tromboangeíte 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 conseqüência 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. (APELAÇÃO CÍVEL Nº: 379.261.4/5-00, COMARCA: SÃO PAULO , APELANTE : SOUZA CRUZ S.A. APELADO : MARIA APARECIDA DA SILVA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).*

E mais,

*AGRAVO RETIDO - DECISÃO QUE DETERMINA A REGULARIZAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DO PÓLO ATIVO - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 13 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - AGRAVO NÃO PROVIDO APELAÇÃO - INÉPCIA RECURSAL PREFERENCIA A PEÇAS PROCESSUAIS ANTERIORES - HIPÓTESE QUE NÃO CONFIGURA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO - PRELIMINAR AFASTADA - **RESPONSABILIDADE CIVIL - FABRICANTE DE CIGARROS - ACIDENTE DE CONSUMO - CONSUMIDORA POR EQUIPARAÇÃO - RELAÇÃO DE CONSUMO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA TABAGISMO - MARIDO DA APELANTE FUMANTE - MORTE - DEMONSTRAÇÃO IN CASU DA RELAÇÃO ENTRE A CAUSA MORTIS E O CONSUMO DE TABACO - NEXO DE CAUSALIDADE - DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS - DANO MORAL CARACTERIZADO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.** Posto isso, por meu voto, nego provimento ao agravo retido interposto por Ana Luiza de Oliveira Guimarães e dou*

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

68

*parcial provimento à apelação interposta por Ana Luiza de Oliveira Guimarães em face de Souza Cruz S/A, a fim de **condenar a apelada a pagar à apelante a quantia de R \$ 350.000,00, (trezentos e cinquenta mil reais) a título de indenização por danos morais, devidamente atualizada** pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desde o ajuizamento da ação, bem como acrescida de **juros moratórios de 1% ao mês a contar da citação.** (TJSP, proc. n° 260.828.4-0, de Campinas. Autora: Ana Luiza de Oliveira Guimarães. Ré: Souza Cruz S/A).*

Este também o entendimento do Eg. Tribunal de Justiça Mineiro. Confira-se, por todos:

Relator: Des.(a) ROGÉRIO MEDEIROS
Relator do Acórdão: Des.(a) ROGÉRIO MEDEIROS
Data do Julgamento: 03/09/2009
Data da Publicação: 22/09/2009

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - USO CONTÍNUO DE CIGARROS - MORTE - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - RESPONSABILIDADE DA FABRICANTE DE CIGARROS - TEORIA DO RISCO PROVEITO - DANOS MORAIS - FIXAÇÃO - PRUDENTE ARBITRIO DO JULGADOR - RECURSO PROVIDO. *Extrai-se da petição inicial que a presente ação de indenização é fundada em responsabilidade civil de direito comum, art. 159 do Código Civil de 1.916, não*

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

69

em defeito ou erro do produto no instante de sua fabricação, pelo que, não incide ao caso a regra do art. 27 do CDC. Os fabricantes de cigarro de todo o planeta sempre tiveram conhecimento de que o cigarro vicia e causa inúmeras doenças. Assim, diante do conhecimento e da consciência dos malefícios causados pelo cigarro à saúde dos fumantes, não há dúvida de que a apelada, agindo dessa forma, cria conscientemente, o risco do resultado, assumindo, portanto, a obrigação de ressarcir. Não há dúvida de que a apelada sempre foi criadora do perigo e do risco causado pelo uso do fumo. Apesar de a recorrida saber e ter consciência dos malefícios e da dependência que o uso do cigarro causa, sempre se omitiu quanto às informações ou ações no sentido de minimizar tais malefícios e prejuízos advindos para o fumante. A "teoria do risco-proveito" considera civilmente responsável todo aquele que auferir lucro ou

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

70

vantagem do exercício de determinada atividade, segundo a máxima "ubi emolumentum, ibi onus" (onde está o ganho, aí reside o encargo). "Na fixação do valor do dano moral prevalecerá o prudente arbítrio do julgador, levando-se em conta as circunstâncias do caso, evitando que a condenação se traduza em indevida captação de vantagem, sob pena de se perder o parâmetro para situações de maior relevância e gravidade."

(Ap.

365.245-3/Alpinópolis, 1ª CCível/TAMG, Rel. Juiz Gouvêa Rios,

01/10/2002). APELO

PROVIDO. V.v. Sendo

manifestamente lícita a atividade desempenhada pela ré, consistente na produção e

comercialização de cigarros, eventual responsabilização

somente pode decorrer da constatação de

desatendimento às regras que lhe são impostas. Não

se caracteriza a responsabilidade civil da ré, se não provado o nexo

entre a doença e o tabagismo, apesar da

obviedade de que o cigarro causa várias doenças. (TJMG,

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

71

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

3.16. Da fixação das indenizações

Por tudo o que foi escrito nesta sentença, não há como afastar parte dos pedidos autorais, pois que legítimos e adequados.

Repisando, pretendem os autores Marília e Marcelo a fixação de alimentos provisionais, e todos os postulantes requerem a procedência dos demais pedidos com a condenação da demandada ao pagamento, em seu favor, de indenização: (a) a título de ressarcimento dos danos morais por eles experimentados, (b) a título de perdas e danos e lucros cessantes e (c) por danos patrimoniais (danos emergentes – luto, funeral, sepultamento, despesas médico-hospitalares), a determinação à requerida para que constitua capital necessário a assegurar o cumprimento das prestações vincendas, na hipótese de incumprimento da decisão respeitante aos alimentos, que se aplique pena cominatória, seja condenada a demandada ao pagamento, de uma só vez, do valor dos alimentos referente às parcelas vencidas, computadas a partir do evento danoso, qual seja, a morte de Edison Pessin, devidamente corrigidas, que tudo sofra a incidência de correção monetária e juros legais.

Os danos materiais – danos emergentes

Em relação ao ressarcimento dos danos materiais – emergentes (luto, funeral, sepultamento, despesas médico-hospitalares) , não foram eles devidamente documentados nos autos nem quantificados na peça inaugural. Portanto, deixo de deferir tal pedido.

Os danos materiais - perdas e danos e lucros cessantes

De igual forma, no que respeita às perdas e danos e lucros cessantes, não foram eles satisfatoriamente explicitados na exordial e provados no

decorrer da instrução processual.

Alimentos provisionais à autora Marília e ao autor Marcelo Pessin

Também indemonstrada a necessidade do pensionamento pretendido, uma vez que a viúva, Sra. Marília, percebe pensão da autarquia previdenciária em decorrência do passamento do Sr. Edison e, por outra, não satisfatoriamente provado o *quantum* percebido pelo Sr. Edison quando ainda em atividade na profissão de comerciante.

Os danos morais e os *punitive damages*

Sabe-se que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso V, estabelece que "é assegurado o direito de resposta proporcional ao inciso X do mesmo artigo dispõe: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Em relação ao dano moral, cabe destacar o ensinamento de Antonio Jeová Santos:

"Reiterado deve ser o fato de que o dano ocorre in re ipsa. Surge ex facto. Para a moderna concepção do direito de danos, quando se trata de indenização por agravos morais, ao julgador basta a verificação da incidência do fato, da lesão, do dano, para que se materialize o direito à indenização. Nenhum prejuízo há de ser demonstrado. Este tese, sobre a não necessidade de provar o dano moral decorre de fatos similares aos tratados neste capítulo, é sufragada pelo Superior Tribunal de Justiça, como se verifica no seguinte aresto: "A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto. A existência de vários registros, na mesma época, de outros débitos dos recorrentes, não afasta a presunção de existência do dano moral, que decorre in re ipsa, vale dizer, do próprio registro do fato inexistente. Na hipótese, as instâncias locais reconheceram categoricamente que foi ilícita a conduta da recorrida em manter, indevidamente, os nomes dos recorrente, em cadastro de devedores, mesmo após a quitação da dívida" (RSTJ 124/401, rel. Min. Cesar Asfor Rocha). (in dano moral Indenizável, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 463).

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

73

Tendo a empresa ré promovido a comercialização de seu produto nas condições acima explicitadas, com o intuito exclusivo de lucro – produto este consumido durante anos pelo Sr. Edison Pessin, marido e pai dos autores, causando-lhe a debilidade física atestada pelos médicos que o assistiram, culminando com o seu falecimento – efetivamente gerou nos autores o dano moral aqui buscado, pois ninguém desconhece a dor advinda da perda de um ente querido, ainda mais nas condições em que (sobre)viveu o Sr. Pessin nos últimos anos (dano este "*in re ipsa*"). Anoto que, em tais hipóteses, a responsabilidade é objetiva.

Sobre a responsabilidade objetiva, Schreiber destaca:

"Verifica-se uma crescente conscientização de que a responsabilidade objetiva consiste em uma responsabilização não pela causa (conduta negligente, conduta criadora de risco etc.), mas pelo resultado (dano), distanciando-se, por conseguinte, de considerações centradas sobre a socialização dos riscos, para desaguar em uma discussão mais finalística sobre a socialização das perdas". (Schreiber, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 28).

Desta feita, a responsabilidade objetiva depende exclusivamente da comprovação do fato danoso e do nexos causal, independentemente da verificação de culpa do fornecedor de serviços. Neste sentido, o Egrégio Tribunal de Justiça já decidiu:

"APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – UTILIZAÇÃO INDEVIDA DOS DADOS PESSOAIS DO REQUERENTE POR TERCEIRO FALSÁRIO – INSCRIÇÃO DO RESPECTIVO DÉBITO EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – INCÚRIA DA REQUERIDA AO ANALISAR AS INFORMAÇÕES E OS DOCUMENTOS DO PRETENSO CLIENTE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – INDENIZAÇÃO INARREDÁVEL – QUANTUM INDENIZATÓRIO – APELO DO AUTOR VISANDO À MAJORAÇÃO DO QUANTUM – DECISÃO QUE NÃO EXTRAPOLA OS LIMITES DA RAZOABILIDADE – VALOR ARBITRADO EM PRIMEIRO GRAU MANTIDO – RECURSOS DESPROVIDOS" (Apelação Cível n. 2007.041392-3, da Capital, Rel. Des. Mazoni Ferreira j. 27/10/2008).

Consigne-se, por outro lado, que por se relacionar com aspectos

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

74

íntimos da personalidade humana ou com a honra objetiva, não é o dano moral passível de comprovação no plano fático, mas não há como duvidar de sua caracterização quando comprovado o fato gerador da repercussão negativa sobre o ofendido. Com efeito:

"II - Quanto ao dano moral, em si mesmo, não há falar em prova; o que se deve comprovar é o fato que gerou a dor, o sofrimento. Provado o fato, impõe-se a condenação, pois, nesses casos, em regra, considera-se o dano in re ipsa". (STJ, AgRg no Ag 1062888 / SP, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 18/09/2008).

Como sabido, categoriza a doutrina três funções para a responsabilidade civil geral: a primeira e fundamental, diz-se reparatória; a segunda, preventiva (de novas lesões praticadas pelo demandado ou por outro lesante); a terceira, sancionatória (ou punitiva)¹⁶.

Interessam-nos, aqui, as três funções.

Primeiramente, é imperioso que se **repare** o mal sofrido pela família do Sr. Pessin. Em que pese ser a vida um bem único, singular e, portanto, inquantificável, necessário verificar que se trata, agora, de valorar a perda, a ausência da pessoa amada.

A segunda função – **preventiva** – também deve estar presente em nosso cálculo indenizatório, a fim de evitar que novas lesões dessa magnitude, por desinformação ou desídia do lesante, venham a ser praticadas pelo próprio demandado ou por outro produtor, seja ele quem for. Se, na conta feita pelo lesante, restar ainda economicamente mais vantajoso continuar vendendo cigarros com altos teores de nicotina, aumentando significativamente a conta da seguridade social (daí a reclamação do empresariado a respeito dos tributos incidentes, por exemplo, sobre a folha de pagamento), *e.g.*, estar-se-á esvaziando de sentido a condenação.

A terceira função da indenização – **sancionatória (ou punitiva)**¹⁷ – merece melhor reflexão.

No que pese ainda encontrarmos alguma resistência de determinados setores da doutrina, têm os Tribunais maciçamente aderido à teoria do *punitive damages*¹⁸ os quais surgiram, como se sabe, no Reino Unido do

¹⁶ Excelente síntese das funções da responsabilidade civil pode ser encontrada em Fernando Noronha, *Direito das Obrigações*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 436-439.

¹⁷ Excelente síntese das funções da responsabilidade civil pode ser encontrada em Fernando Noronha, *Direito das Obrigações*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 436-439.

¹⁸ Veja-se, por exemplo, TJSC-AC n. 2009.061859-8, da Capital, Relator em. Des. Wilson Augusto do Endereço: «Endereço Completo da Vara do Processo#Re»

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

75

século XVIII, como defesa aos abusos do poder praticados por funcionários públicos e empresas privadas (exemplos paradigmáticos de sua utilização à época temos nos casos *Huckle v. Money* e *Wilkes v. Wood*), exercendo a função equivalente a de "pena privada".

Em tempo bem mais recentemente (1981), acompanhou-se sua adequada aplicação no famoso caso *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, também conhecido como *Pinto Case* ou *Exploding Case*. Neste episódio, houve o público reconhecimento de defeito no fabrico de veículo pela Ford Co., que explodira ao colidir em razão da fragilidade do material utilizado no tanque de combustível, ocasionando a morte do motorista e ferimento nos demais ocupantes do carro. Mais grave, a empresa sabia do defeito e, digamos assim, "assumiu o risco" pelas indenizações possíveis, optando por manter o *design* original uma vez que, segundo depoimento judicial prestado por seu CEO, em tal hipótese (pagamento de indenização) os lucros seriam superiores à mudança proposta pelo setor de engenharia da empresa. Como resposta punitiva (*punitive damages*), o Tribunal da Califórnia condenou a Ford Co. ao pagamento de indenização no valor de 4,5 milhões de dólares às vítimas (*compensatory damages*), e aplicou o *punitive damages* na ordem de 125 milhões de dólares.

Deveras, no caso em apreço, os danos morais experimentados pelos autores são evidentes e intuitivos. A perda do ente querido (marido e pai), que sofrera anos em decorrência das doenças relacionadas ao consumo de cigarro, a angústia de ver marido e pai definhando, "morrendo aos poucos", e nada poder fazer de concreto para aliviar o sofrimento do ente amado leva, sem dúvidas, ao deferimento do pedido autoral.

Quanto ao valor, sabe-se que não pode ser irrisório, ao ponto de configurar-se, ele mesmo, em nova humilhação e sofrimento para os autores nem, tampouco, transformar-se em prêmio, recompensa ou motivo de enriquecimento sem causa. Pelo que percebi dos autos, os autores são profissionais liberais (Olga e André, psicóloga e dentista, respectivamente, fl. 02), do lar (a autora Marília) e estudante (Marcelo). Portanto, não se trata de pessoas abastadas mas, de igual sorte, não se cuida aqui de autores indigentes, que fazem do processo e da indenização "um negócio". Por outro lado, como demandada, figura a gigantesca e riquíssima indústria do cigarro, Souza Cruz S/A, a qual possui amplas condições de arcar com a indenização aqui delimitada.

Nascimento, j. publicado em 02/08/2010.

Endereço: «Endereço Completo da Vara do Processo#Re»

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

76

É da jurisprudência:

"a indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, considerando que se recomenda que o arbitramento deva operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e as peculiaridades de cada caso (REsp n. 171.084, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Repiso que quantificar a perda de uma vida é sempre tarefa que se apresenta difícil. Porém, tomando como parâmetro o que vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça (REsp 1086366/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 19/03/2009), e os Tribunais Gaúcho (AC 70000144626 – 9ª CC – 600 salários mínimos para a viúva e 500 salários mínimos para cada um dos filhos) e Paulista (AC 260.828-0, R\$350.000,00 e AC 379.261.4/5, R\$600.000,00), tenho por razoável fixar o valor do dano moral, nos moldes arbitrados pelos Tribunais mencionados em minha decisão, em R\$306.000,00 (trezentos e seis mil reais) para a viúva e R\$255.000,00 (duzentos e cinquenta e cinco mil reais) para cada um dos três filhos-autores, totalizando a indenização do dano moral o valor de R\$ 1.071.000,00 (hum milhão, setenta e um mil reais).

Relembro, finalmente, que não há falar em sucumbência recíproca quando o valor fixado pelo Juízo a título de ressarcimento de dano moral for inferior ao requerido pelo autor (ementa 326 da súmula do STJ - *"na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca"*).

III. Dispositivo

Ante todo o exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos autorais, dando por extinto o feito a teor do contido no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Destarte, condeno a demandada a pagar, a título de ressarcimento dos danos morais experimentados pelos autores, o valor total de R\$ 1.071.000,00 (hum milhão, setenta e um mil reais), sendo R\$306.000,00

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO**

«Comarca do Processo#Retorna o nome da co»

«Vara do Processo#Retorna o nome da vara »

77

(trezentos e seis mil reais) para a viúva e R\$255.000,00 (duzentos e cinquenta e cinco mil reais) para cada um dos três filhos-autores.

O valor aqui fixado sofrerá incidência de atualização monetária e juros de mora à base de 1% (um por cento) ao mês, a contar do 16º (décimo sexto) dia posterior à efetiva intimação desta sentença.

Condeno a demandada, ainda, ao pagamento dos honorários advocatícios da parte contrária, no montante correspondente a 15% (quinze por cento) do valor da condenação, de acordo com o comando insculpido no artigo 20, §3º, do Código de Processo Civil.

Tendo os autores decaído de parte mínima do pedido, condeno a demandada ao pagamento das custas processuais.

Ao Cartório Distribuidor para, por gentileza, alterar o nome da autora, fazendo constar **Marília**, e não Marilda, como aposto na capa dos autos.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

São Bento do Sul/SC, aos 14 de dezembro de 2010.

Romano José Enzweiler
Juiz de Direito – 1ª Vara