

RESPONSABILIDADE CIVIL. EMPRESA FUMAGEIRA. CÂNCER DE PULMÃO. MULTIFATORIEDADE. CONDIÇÕES PRÓPRIAS DO PACIENTE. MANIPULAÇÃO FRAUDULENTE DO PRODUTO. FATO NOTÓRIO. AGRAVAMENTO DAS CHANCES DE UM DANO. TEORIA DA ACEITAÇÃO DO RISCO. AFASTAMENTO. VIDA E SAÚDE. BENS JURÍDICOS INDISPONÍVEIS. CONSENTIMENTO INEFICAZ.

INDENIZAÇÃO. ARBITRAMENTO. CRITÉRIOS. VALOR. REPARAÇÃO DA PERDA PATRIMONIAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.537 DO CCB. DANOS INDENIZÁVEIS. RESTITUIÇÃO AO ESTADO ANTERIOR. ALCANCE. DANO MORAL. PENSIONAMENTO. BASE DE CÁLCULO. TERMO FINAL. FILHOS E CÔNJUGE. REVERSÃO. QUANTIFICAÇÃO.

Se até o seu atual estágio as investigações médicas não lograram restringir a um único fator o risco de surgimento do câncer de pulmão, não assiste ao profano em medicina controverter ou ignorar a multifatorialidade da doença,

Enquanto o exercício de prerrogativas conferidas, explicitamente, a uma pessoa, reveste-se de presunção de licitude, o exercício do amplo e vago poder de agir, decorrente de ausência de proibição legal, não confere senão uma frágil presunção de licitude do ato (omissivo ou comissivo) praticado.

Caracteriza ilícito o mau uso da liberdade de exploração da atividade tabagista, mediante manipulação fraudulenta das sementes de tabaco e da química utilizada na industrialização do cigarro, inspiradas pelo intuito exclusivo de lucro.

O fato apropriado pelo domínio público, através do meio de comunicação mais ágil e abrangente disponível na atualidade, subsume-se na previsão do artigo 334, I, do CPC, que dispensa atividade probatória.

No controle da licitude da liberdade de exercer o comércio, assim como da liberdade de ir e vir, não é a natureza do direito que conta, mas o cumprimento dos deveres gerais de prudência no exercício da liberdade. Não se confundem a reprovação do abuso no exercício do direito e a reprovação do ilícito praticado por ocasião ou à margem do exercício do direito: os atos da segunda categoria se situam fora dos limites “externos” do direito – eles correspondem a nada mais do que o mau uso de uma liberdade. Doutrina de JACQUES GHESTIN.

A teoria da aceitação do risco só se aplica aos perigos habituais ordinários e normalmente previsíveis, ligados a uma atividade.

O consentimento do ofendido só opera como excludente de ilicitude sobre bens jurídicos disponíveis. Quando se cuida de direitos à vida e à saúde, flagrantemente indisponíveis, a ordem pública se impõe, tornando ineficaz tal consentimento. Doutrina de APARECIDA AMARANTE.

Se a conduta do ofensor agrava as chances de um dano efetivamente produzido, assiste à vítima indenização proporcional a este risco.

O dano moral, nos casos de morte do pai e de cônjuge, é ínsito às relações afetivas que, de regra, qualificam o vínculo consangüíneo e matrimonial.

Indenização pelo luto da família arbitrada em 500 (quinhentos) salários mínimos, na forma do art. 1.537 do CCB, abrangendo o *pretium doloris* e uma série de outras perdas.

Limite temporal da pensão por morte, devida a filho menor, em proporção inversa com a aquisição da capacidade laborativa, presumida, por construção pretoriana, aos vinte e quatro (24) anos de idade, não tem relação com a maioridade civil definida no art. 9º do CCB.

Reversão em prol da viúva.

Valor do pensionamento devido aos dependentes limitado a 2/3 da remuneração da vítima, deduzido 1/3, correspondente aos gastos pessoais, se vivo estivesse.

SENTENÇA REFORMADA.

APELAÇÃO CÍVEL

NONA CÂMARA CÍVEL

Nº 70004812558

COMARCA DE PORTO ALEGRE

MARIA DE OLIVEIRA BERNARDO

APELANTE

MARLON DE OLIVEIRA BERNARDO

APELANTE

ROZANE DE OLIVEIRA BERNARDO
DOS SANTOS

APELANTE

SOUZA CRUZ S.A.

APELADA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em voto médio, dar provimento à apelação, tendo a Relatora provido em menor extensão, vencida a Revisora que negava provimento.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária (Presidente), os eminentes Senhores **DES. ADÃO SERGIO DO NASCIMENTO CASSIANO E DESA. MARILENE BONZANINI BERNARDI.**

Porto Alegre, 13 de outubro de 2004.

DES.^a MARA LARSEN CHECHI,
Presidente e Relatora.

RELATÓRIO

DES.^a MARA LARSEN CHECHI (PRESIDENTE E RELATORA)

MARIA DE OLIVEIRA BERNARDO, MARLON DE OLIVEIRA BERNARDO e ROZANE DE OLIVEIRA BERNARDO DOS SANTOS ajuizaram a presente ação de responsabilidade civil por danos materiais e morais contra SOUZA CRUZ S.A., visando: “indenização a título de pensão mensal, no valor de R\$ 600,00, correspondente a 2/3 (dois terços) sobre a média da renda mensal que auferia a vítima Olívio, que era em torno de R\$ 900,00, segundo as três últimas Declarações de Rendimentos inclusas, exercícios 1997, 1998 e 1999, até os presumidos 65 anos de idade desta vítima, considerando que faleceu com 58 anos de idade, retroativo a data da morte, isto é, 05/04/2000; indenização a título de dano moral, que deverá ser arbitrado por V. Exa., levando-se em consideração os requisitos expendidos na inicial, pelo que pede-se vênua para ser fixada em 500 (quinhentos) salários mínimos, correspondente ao valor atual de R\$ 75.500,00, em virtude da imensurável dor e sofrimento que se abateu sobre os autores”. Postularam, ainda, “a inversão do ônus da prova, abrangendo todos os termos expedidos na presente ação, consoante previsão legal contida no art. 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)”; e a constituição de capital, nos termos do art. 602 do CPC (fl. 10).

Segundo consta da inicial, “Os autores eram, esposa e filhos, respectivamente, de Olívio da Silva Bernardo (...), que faleceu, repentinamente, no dia 05 de abril de 2000, aos 58 anos de idade, vítima de câncer no pulmão (...).

“Assim é que, Olívio da Silva Bernardo, começou a experimentar o, nocivo, cigarro muito cedo, fumou aproximadamente durante 43 (quarenta e três) anos, e havia deixado de fumar há 3 (três) anos (...).

“De lá para cá, Olívio, natural do município de Santo Antônio da Patrulha/RS, anote-se, escolaridade – primeiro grau incompleto, teve sua vida profissional voltada para o desempenho da marcenaria, e construção civil (...).

“Fumou, repete-se, aproximadamente durante 43 (quarenta e três) anos, na média de uma carteira por dia, onde destaca-se que sua marca de cigarro preferida

era o HOLLYWOOD, marca de grande aceitação entre os fumantes, bem como fumava também as marcas MINISTER e, por fim, DERBY (...).

“Registre-se que, Olívio, quando no desempenho de suas funções, auferia razoável renda mensal, conforme se vê nas anexas Declarações de Rendimentos, exercícios 1997/1998/1999, girando a renda anual em torno de R\$ 10.800,00 (dez mil e oitocentos reais). A partir do ano de 1999, este começou sentir, abruptamente, os sinais da trágica doença (câncer no pulmão) (...).

“Por volta do segundo semestre do ano passado, 1999, começou o imensurável sofrimento dos autores, em volta do então fumante Olívio, época em que apresentara os primeiros sinais da doença, onde chegou enfrentar duas internações hospitalares, ambas no Hospital São Lucas da PUC, a saber:

“1ª Internação – baixou em 16/10/99, e teve alta em 28/10/99, ocasião em que foi submetido a uma bateria de exames, para diagnóstico da doença (...).

“com o diagnóstico indicando Carcinoma Brônquico, foi submetido a tratamento Radioterápico no Serviço de Radioterapia do Hospital São Lucas da PUC-RS, no período de 16/11/1999 até 31/12/1999 (...);

“2ª Internação – baixou em 15/02/2000 e ganhou alta em 24/02/2000 (...).

“Em suma, após a alta hospitalar ocorrida em 24/02/2000, permaneceu com vida por apenas mais 40 (quarenta) dias, vindo a falecer, repete-se, em 05/04/2000” (fls. 2-4).

Os autores acrescentaram que a vítima contraiu “Carcinoma Epidermóide”, e discorreram sobre a moléstia, com base em literatura médica. Imputaram responsabilidade à empresa ré, situando sua culpa na prática de “publicidade enganosa”, identificada com a ocultação proposital da composição química dos cigarros, entre as quais 60 (sessenta) substâncias cancerígenas. Consideraram a hipótese de afastamento do risco para “milhões de vítimas, fumantes ativos e passivos”, em circunstâncias diferentes. Invocaram aplicação do Código de Defesa do Consumidor, em especial das regras do art. 6º, *caput*, e incisos I, III, IV, VI e VIII, art. 9º, art. 10 e art. 12. Alertaram para a impossibilidade de mensuração do sofrimento experimentado por esposa e filhos, diante da rápida e trágica evolução da doença. Juntaram documentos (fls. 2-11).

Requereram e obtiveram a gratuidade judiciária (fl. 67).

SOUZA CRUZ S.A. apresentou contestação (fls. 69-141). Em capítulo próprio, colacionou “PRECEDENTES SOBRE A MATÉRIA”, através dos quais entendeu demonstrar que “o Poder Judiciário brasileiro não compactua com aventuras processuais desta espécie”. No tópico seguinte, defendeu “A LICITUDE DA ATIVIDADE” de comercialização do tabaco em todo o mundo e especificamente no Brasil, onde, inclusive, encontra previsão constitucional (artigo 220, § 4º), invocando a excludente do artigo 160, I, do Código Civil. Lembrou que se trata, além disso, de atividade amplamente regulamentada, e, também, uma das maiores fontes de receita tributária, já que mais de 70% (setenta por cento) do preço do produto é absorvido por tributos devidos à União Federal e aos Estados – receita “utilizada na consecução dos fins primordiais do orçamento da Nação”. No capítulo dedicado à “SOUZA CRUZ E O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL”, apresentou histórico da empresa, com destaque ao desenvolvimento do empreendimento e seu impacto econômico e social na região. Em seqüência, defendeu a aplicação, ao caso, da tese segundo a qual “COLOCAR PRODUTOS DE PERICULOSIDADE INERENTE NO MERCADO – POR SI SÓ – NÃO GERA RESPONSABILIDADE”, reportando aos artigos 8º e 9º do CDC. Classificou o cigarro como um produto que apresenta periculosidade inerente, nos termos do art. 12 do CDC. Listou como exemplos de produtos que representariam risco à saúde e segurança: “bebidas alcoólicas (associadas ao alcoolismo); carne de porco, manteiga e produtos lácteos em geral (estão associados ao aumento do colesterol e a males ao coração) e sal (se consumido por pessoas com tendência hipertensiva, é um fator de risco para AVC e toda sorte de males cardíacos)”. No capítulo subsequente, a propósito “DO ESTRITO CUMPRIMENTO PELA RÉ DAS NORMAS EXPEDIDAS PELO GOVERNO FEDERAL DISCIPLINANDO AS INFORMAÇÕES QUE DEVEM SER PRESTADAS PELAS EMPRESAS FABRICANTES DE CIGARROS AOS CONSUMIDORES”, afirmou que, de acordo com o princípio constitucional da legalidade (art. 5º, inciso II, da CF), antes de 25 de agosto de 1988 “jamais poderia haver a violação de um dever jurídico preexistente”, porque somente naquela data passou a ser regulamentada a propaganda de cigarros, através da Portaria nº 490, que impôs a inclusão, nas embalagens, da advertência “O MINISTÉRIO DA SAÚDE ADVERTE: Fumar é

Prejudicial à Saúde”, com o intuito de informar os seus consumidores; e, em 1999, por meio da Portaria nº 695, o Ministério da Saúde passou a exigir a publicação de outras frases de advertência. A partir de interpretação harmônica dos artigos 22, inciso XXIX, 22, parágrafo 3º, inciso II, e § 4º, todos da Constituição da República, e artigo 65 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, concluiu que “a) a Carta Magna reafirmou a licitude da fabricação e comercialização de produtos que contenham tabaco, pois só se publicita o que é lícito e autorizado; b) a Constituição assegurou aos fabricantes e distribuidores de cigarros o direito de veicular propagandas comerciais divulgando seus produtos; c) a Constituição reservou privativamente à União o poder-dever de editar as leis disciplinadoras da publicidade de cigarros, necessárias à proteção da saúde da população”. Quanto à falta de advertência sobre o potencial nocivo da composição química do cigarro nos anos “50”, sublinhou que o CDC não pode ser aplicado retroativamente. Em defesa “DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS CONCEITOS DE VÍCIO E DE DROGA”, sustentou que se distanciam da definição clássica [que envolvia noções como “(I) intoxicação, entendida como capacidade de julgamento afetada, (II) tolerância, entendida como a necessidade de se aumentar a dose para obter a mesma sensação; e (III) síndrome de abstinência, entendida como impossibilidade de supressão da substância sem que ocorram fortes sintomas resultantes de sua privação”], nas quais, a seu juízo, não pode ser enquadrado o consumo de cigarro. Por isso, afirmou que a dependência, a que se refere a advertência imposta pela Portaria nº 695 do Ministério da Saúde, “é aquela cujos critérios foram estabelecidos pelo relatório do Surgeon General americano de 1988, segundo os quais até o chocolate e o café poderiam viciar”. Invocou pareceres de especialistas na matéria e dados estatísticos, visando demonstrar que “tanto a decisão de começar quanto a de parar de fumar são frutos do livre arbítrio de pessoas que exercem o direito de escolher o comportamento que desejam para si”. No capítulo seguinte, discorreu acerca “DA INEXISTÊNCIA DE DEFEITO NO PRODUTO”, distinguindo-o de periculosidade inerente ao produto, que enquadra na expectativa legítima ou razoável do consumidor (art. 12, § 1º, inciso II, do CDC), diante das reiteradas publicações de matérias sobre os riscos para a saúde associados ao consumo de tabaco desde 1849 até nossos dias. Dissertou, ainda, em torno “DA INEXISTÊNCIA DE PROPAGANDA ENGANOSA OU ABUSIVA”, enquadrável na moldura do artigo 37, parágrafo 3º, do Código de Defesa do Consumidor, seja por omissão

[já que não deixou de informar sobre dado essencial do produto], seja por comissão [pois o produtor não induziu a erro os consumidores]. Denunciou, outrossim, “A FALTA DE COMPROVAÇÃO CABAL DA CAUSA MORTIS DO SR. OLÍVIO DA SILVA BERNARDO”, apontando a omissão quanto aos registros médicos da última internação, à véspera do óbito, reputados indispensáveis para a conferência da correção dos registros lançados no atestado de óbito – imprestável para prova da autenticidade da informação, consoante dicção do artigo 368 e seu parágrafo único do CPC. Em capítulo seguinte, sustentou, em resumo: “O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O SUPOSTO CONSUMO DE CIGARROS E OS PROBLEMAS DE SAÚDE DO SR. OLÍVIO DA SILVA BERNARDO NÃO PODE SER PROVADO”. Invocou desequilíbrio processual, em prejuízo à sua defesa, extraído da possibilidade de seleção de prova favorável pelos autores, conjugada à dificuldade de acesso a fatos da vida do paciente – que poderiam sinalizar para outros fatores de risco de desenvolvimento da doença, considerando que o fumo não é condição necessária nem condição suficiente para o desenvolvimento do câncer de pulmão. Destacou a “multifatorialidade da doença”, enumerando os diversos fatores de risco associados ao câncer do pulmão: (a) Predisposição genética ... (b) Exposição ocupacional ... (c) Poluição ambiental ... (d) Dieta ... (e) Doença pulmonar prévia ... (f) Depressão ... (g) Tabagismo... . No capítulo “DA INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL: CULPA EXCLUSIVA DO AUTOR”, embasado na clássica parêmia ‘*Volenti non fit injúria*’, advogou a inegável culpa exclusiva da vítima (forte no artigo 12, parágrafo 3º, inciso III, do CDC), situando-a na aceitação do “risco decorrente de sua conduta” ao continuar fumando, mesmo diante das advertências impostas pelo Ministério da Saúde, quanto aos malefícios do cigarro. Argumentando em torno “DA MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS”, impugnou, um a um, os pedidos formulados na inicial. Por fim, discorreu acerca “DA INVIABILIDADE DE SER INVERTIDO O ÔNUS DA PROVA”. Concluiu pugnando por julgamento de improcedência. Juntou documentos e colacionou precedentes jurisprudenciais.

Os autores manifestaram-se nos termos dos artigos 326 e 327 do CPC (fls. 614-616).

Aportaram documentos (fls. 619-716), assegurando-se vista às partes, que se manifestaram (fls. 718-721, 722-723 e 748-750).

Em oportunidade especialmente conferida para especificação de provas, os autores manifestaram interesse na inquirição de testemunhas e perícia (fl. 752), e a ré pediu o julgamento antecipado da lide ou, segundo princípio da eventualidade, a produção de prova testemunhal, pericial e documental suplementar (fls. 753-761).

Foi indeferida a produção de prova pericial (fl. 912 e v.).

Em audiência, colhida a prova oral (fls. 1.076-1.091 e 1.114-1141), deferiu-se a substituição de debate por memoriais escritos, que vieram às fls. 1.142-1.162 e 1.208-1.221.

Entrementes, as partes colacionaram documentos (fls. 619-716, 762-793, 796-803, 807-904, 918-990, 1.005-1.027), oportunizando-se manifestação (fls. 718-721, 722-723, 748-750, 906-907, 994-995).

Sobreveio sentença de improcedência (fls. 1.223-1.228), responsabilizando os autores pelo pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sob as condições da Lei nº 1.060/50.

Inconformados, os autores MARIA DE OLIVEIRA BERNARDO, MARLON DE OLIVEIRA BERNARDO e ROZANE DE OLIVEIRA BERNARDO DOS SANTOS **apelam** (fls. 1.231-1.245). Sustentam, em resumo, “que a decisão de improcedência do pedido inicial não condiz com a farta prova documental e testemunhal contida nos autos”, transcrita na parte considerada relevante, ao **efeito de demonstrar**: “a) ocorreu o falecimento no dia 05 de abril de 2000, de forma repentina, de Olívio da Silva Bernardo, com 58 anos de idade, vítima de câncer no pulmão (...); b) Olívio da Silva, começou a fumar muito cedo, e fumou durante 43 (quarenta e três) anos, e havia deixado de fumar há 03 (três) anos (...); c) Olívio da Silva, era natural do município de Santo Antônio da Patrulha, possuía baixa escolaridade – 1º grau incompleto, e sua profissão era marceneiro e construtor; d) que, suas marcas de cigarros preferidas eram: HOLLYWOOD, MINISTER, e por fim, DERBY, vale dizer, cigarros fabricados pela apelada (...); e) a culpa da apelada é patente no caso *sub judice*, haja vista a odiosa prática da publicidade enganosa, já que é consabido que somente a partir de 1995, começaram a ser divulgados aos fumantes e as

pessoas em geral, sobre as principais substâncias químicas encontradas no cigarro, em especial, 60 substâncias cancerígenas, dados estes propositadamente ocultados pelos fabricantes de cigarros (...); f) atualmente já foi instituído o ‘Dia Nacional de Combate ao Fumo – dia 29 de agosto, além do mais existem hoje campanhas de prevenção, dirigidas principalmente aos jovens (...); g) é plenamente aplicável o Código de Defesa do Consumidor – CDC, ao caso em discussão (...); h) o pedido relativo ao dano material que consiste no pagamento de uma pensão à viúva, em valor equivalente a 2/3 que Olívio da Silva auferia, correspondente a quantia de R\$ 600,00, por mês, encontra respaldo na jurisprudência de todos os Tribunais pátrios (...); i) o pedido relativo ao dano moral existe base legal para esta indenização, segundo os termos do art. 5º, X, da Constituição Federal (...)”. Destacam, da peça de defesa, trecho em que a empresa ré “reconhece claramente sobre os malefícios do cigarro à saúde do fumante”. Consideram evidenciados, de forma irrefutável, os elementos caracterizadores da responsabilidade civil.

Em resposta, SOUZA CRUZ S.A. (fls. 1.247-1.274) discorre sobre os fatos da causa e do processo, com destaque à dispensa da prova pericial, defendendo o “ACERTO DA SENTENÇA”, baseado no livre convencimento motivado (a partir da valoração das provas), através de “CORRETA APLICAÇÃO DA LEI AO CASO CONCRETO”, em face da inconsistência da “INSINUAÇÃO DE QUE O *DE CUJUS* SERIA IGNORANTE QUANTO AOS RISCOS ASSOCIADOS AO CONSUMO DE CIGARROS”, da “INEXISTÊNCIA DE PROPAGANDA ENGANOSA POR OMISSÃO”, do “obstáculo intransponível” da “QUESTÃO DO LIVRE ARBÍTRIO”, “DOS PRECEDENTES EM FAVOR DA APELADA”. Encerra postulando desprovimento do recurso e condenação dos apelantes “nas penas de litigância de má-fé por deturparem diversos trechos da sentença, conforme foi apontado nos itens 1.6, 1.7, 1.21 e 1.22, supra”.

É o relatório.

VOTOS

DES.^a MARA LARSEN CHECHI (PRESIDENTE E RELATORA)

DO FATO GERADOR DO DANO

Os autores situam a causa geradora dos danos alegados (materiais e morais) no óbito de seu cônjuge e pai, respectivamente, Olívio da Silva Bernardo.

Atribuem a morte ao consumo médio de uma carteira de cigarros por dia, de marcas industrializadas e colocadas no mercado pela empresa ré (HOLLYWOOD, MINISTER e DERBY), durante aproximadamente 43 (quarenta e três) anos.

Consoante cópia dos registros de internação das fls. 19-27, Olívio da Silva Bernardo foi hospitalizado no Hospital São Lucas da PUCRS em 16.10.99 e submetido a vários exames.

Dos testes anatomopatológicos resultou o seguinte diagnóstico: “Carcinoma, mais provavelmente, epidermóide pouco diferenciado” (fls. 36, 37 e 38).

O laudo médico da fl. 619, reiterou o diagnóstico, “CARCINOMA EPIDERMÓIDE” (ou ‘provavelmente epidermóide’), sucessivas vezes registrado na “FOLHA DE EVOLUÇÃO” do paciente (fls. 21 v., 22, 23, 23 v., 24, 25, 26, 41, 43 [estágio III B], 46 [III B]).

Submeteu-se a procedimento cirúrgico e tratamento radioterápico (fls. 28-33).

Em 15.02.2000 sofreu nova internação (fls. 39-47). Faleceu em 05.04.2000 (fl. 15).

Na certidão de óbito constou como causa da morte “Insuficiência respiratória, caqueixa, neoplasia de pulmão, tabagismo” (fl. 15).

Gustavo André Dillenburg, médico integrante da equipe de pneumologia que atendeu Olívio no Hospital São Lucas da PUCRS, e signatário do atestado de óbito, explicou: “O atestado de óbito que é preenchido pelo médico, ele começa com a causa básica da morte e até o que levou a morte do paciente. (...) Então começou com câncer de pulmão, caquexia, e insuficiência ventilatória ou respiratória, e aí no segundo item se coloca fatores que estão associados então a causa da morte, então aí seria o tabagismo que está colocado aí”. Questionado acerca da “relação dessa causa da morte e o tabagismo?”, respondeu: **“Está bem descrito na literatura a relação do tabagismo com várias doenças respiratórias, cardíacas, e uma delas é o câncer de pulmão”**. E instado a estabelecer a relação

entre o carcinoma epidermóide e o consumo de cigarros, disse: “(...) está descrito que o tabagismo é um fator de risco para câncer de pulmão do tipo epidermóide”. Acrescentou que o risco de desenvolver câncer de pulmão declina com o tempo se a pessoa pára de fumar, “mas nunca vai ser igual a uma pessoa que nunca fumou” (fls. 1.124-1.126).

A sua condição de fumante e o tempo de exposição do antecessor dos autores ao tabagismo também restaram, inequivocamente, provadas.

Erci Jorge da Silva, primo de Olívio da Silva Bernardo, informou: “Quando a gente via ele estava sempre fumando. (...) ele fumava muito, um cigarro atrás do outro” (fl. 1.078).

Olívio Oliveira Bianchini (que trabalhou com o falecido e o conhecia há mais ou menos 20 [vinte] anos), quando perguntado “Desde que o senhor o conhecia ele fumava?”, respondeu: “Sempre e bastante, eu também fumava junto, era nós dois”. Também confirmou a procedência dos cigarros: “Ele fumava várias marcas Hollywood, Minister e ultimamente Derby, essas marcas aí que ele fumava”. Acrescentou: “Na época que eu vi ele fumar foi essas marcas aí, não vi ele fumar outras. Eu fumava das mesmas marcas, também”. Sobre a quantidade, disse: “chegava a dois maços por dia, ele sempre ia dormir tarde. Durante o dia um maço e meio, mas a noite, em média duas por dia” (fls. 1.081-1.083).

Magda Teresinha da Silva (que foi vizinha dos autores) confirmou: “Sim Fumava” (fl. 1.087).

Rogério Martins Silveira (que conhecia Olívio da Silva Bernardo “por volta de 15 anos, mais ou menos”) disse: “Sim, desde que eu o conhece ele fumava”. Ainda disse: “A quantidade exata, não, mas quando eu o via ele estava sempre fumando” (fl. 1.089).

O testemunho isolado de Olívio Oliveira Bianchini, quanto à marca do cigarro consumido, não tem a relevância que lhe pretende atribuir a defesa, pois se tratava de outra pessoa fumante, portanto capaz de identificar marcas de cigarro. Além do mais, não é a quantidade numérica que qualifica a prova testemunhal.

DA RELAÇÃO ENTRE A MOLÉSTIA E O TABAGISMO

Se até o seu atual estágio as investigações médicas não lograram restringir a um único fator o risco de surgimento do câncer, não assiste ao profano em medicina controverter ou ignorar a multifatoriedade da doença, atestada cientificamente, conforme documentação e testemunhos abalizados que compõem o acervo probatório.

O depoimento da médica pneumologista Cândida Maria da Conceição Carvalho Neves é elucidativo. Perguntada “Se o tabagismo é condição necessária para o desenvolvimento de câncer de pulmão, ou seja, existem pessoas que não fumam e que desenvolvem câncer de pulmão?”, respondeu: “Existem pessoas que nunca fumaram e desenvolvem câncer de pulmão, mas essa é a total minoria dos casos, diria assim que em quase 100% dos casos existe uma co-relação linear entre o hábito tabágico e o surgimento do câncer de pulmão, existe uma pequena percentagem de casos que não foram expostos especificamente a este fator de risco, mas existem outros fatores de risco menos freqüentes, como por exemplo, a fumaça da lenha, a pessoa que lida com fogão a lenha se expõe a fumaça da lenha, é carcinogênica também. Carcinogénia significa que produz carcinoma, a poluição ambiental também, outros tipos de fumaça, (...)”. Acrescentou: “(...) existem tantas evidências na literatura, mas tantas, desde 1927, que hoje em dia ninguém tem mais dúvida, eu acho que nós não estamos aqui para discutir o que já está confirmado pela literatura médica mundial, e nem seria de se esperar que se tivesse tanta campanha contra, se o cigarro fosse uma coisa inofensiva. Então, está mais do que provado a relação de causa/efeito entre tabagismo e câncer de pulmão, isso está muito provado”. Questionada “Se o tabagismo é condição suficiente para desenvolver câncer de pulmão, ou seja, todos os fumantes vão desenvolver câncer de pulmão?”, afirmou: “Não, nem todos os fumantes vão desenvolver câncer de pulmão, porque isso é geneticamente determinado, por exemplo, se nós pegarmos 100 pessoas e essas 100 pessoas fumarem, nem todas vão desenvolver enfisema ou bronquite, então algumas podem desenvolver, por exemplo, doença coronariana, isquemia coronariana, isquemia cerebral, insuficiência arterial periférica, então dependendo da carga genética da pessoa, essa pessoa vai desenvolver uma ou outra doença, agora, o fator de risco é o mesmo, é o tabagismo, agora, o tabagismo numa determinada pessoa pode dar câncer de pulmão, isso o que varia são coisas do hospedeiro, da pessoa, são condições genéticas da pessoa”. Respondeu negativamente, quando perguntada “Se é possível precisar com algum grau de

certeza médica se o senhor Olívio não desenvolveria um câncer de pulmão mesmo se nunca tivesse fumado?”, e “Se existe algum tipo de exame capaz de determinar se o câncer de pulmão do senhor Olívio foi causado exclusivamente pelo alegado consumo de cigarros, exclusivamente pelas marcas fabricadas pela Souza Cruz” (fls. 1.116-1.123).

O médico pneumologista Gustavo André Dillenborg, cujo testemunho já mereceu destaque anteriormente, respondeu afirmativamente quando perguntando “Se o tabagismo é condição necessária para o desenvolvimento do câncer de pulmão, ou seja, se existem pessoas que não fumam e desenvolvem câncer de pulmão?”. Questionado “Se o tabagismo é condição suficiente para o desenvolvimento de câncer de pulmão, ou seja, se todos os fumantes desenvolvem câncer de pulmão?”, respondeu: “Não, nem todos os fumantes desenvolvem câncer de pulmão”. Ainda informou: “Em torno de 10 a 20% das pessoas que fumam vão desenvolver câncer de pulmão”. Respondeu negativamente quando perguntado “Se é possível precisar com algum grau de certeza médica se o senhor Olívio não desenvolveria o câncer de pulmão mesmo se nunca tivesse fumado?” e “Se existe algum exame capaz de determinar se o câncer de pulmão do senhor Olívio foi causado somente pelo alegado consumo de cigarros e exclusivamente pelos cigarros das marcas fabricadas pela Souza Cruz?” (fls. 1.126-1.127).

Marcelo Horácio de Sá Pereira, igualmente médico, afirmou: “Não existe nenhum exame capaz de determinar o que a gente em medicina chama de carga tabágica, que é a quantidade de maços que um indivíduo fumou durante toda sua vida, esses dados geralmente são aferidos com anamnese, com o próprio paciente ou às vezes com familiares. Mas exame específico para poder comprovar o número de cigarros por quantos anos, como foi a frequência do fumo não existe”. Perguntado “Se o tabagismo é condição necessária para o desenvolvimento do câncer de pulmão, ou seja, se existem pessoas que não fumam e que desenvolvem o câncer de pulmão?”, respondeu: “(...) você observa que têm indivíduos que mesmo que nunca tenham fumado, eu já presenciei na minha clínica privada indivíduos que desenvolveram câncer de pulmão sem nunca terem fumado, ou indivíduos que enfartaram que não tinham colesterol alto, que não tinham pressão alta, enfim, não necessariamente a presença de um fator implica no desenvolvimento de determinada doença”. Acrescentou: “(...) apesar do cigarro ser um fator de risco reconhecido, apenas a minoria das pessoas que fumam vão

desenvolver esse tipo de enfermidade”. Questionado “Se é possível precisar com algum grau de certeza médica, se senhor Olívio não desenvolveria câncer de pulmão mesmo se nunca tivesse fumado?”, respondeu: “Como existem indivíduos que desenvolvem câncer de pulmão que nunca fumaram, ele poderia ser um desses indivíduos que mesmo nunca tendo fumado poderia desenvolver a doença”. E respondeu negativamente à questão: “Se existe algum exame capaz de detectar se o câncer do senhor Olívio foi causado exclusivamente pelo alegado consumo de cigarros?”. Ainda disse: “Todas as doenças crônicas hoje em dia elas dependem justamente da interação entre esses fatores, agressão do ambiente, e a resposta do organismo a essa agressão” (fls. 1.131-1.136).

Ainda o médico Marcelo Horácio de Sá Pereira, afirmou: “(...) é relacionado que os tumores de pulmão, a maioria deles, tem associação com o consumo de cigarros” (fl. 1.140).

Segundo Maria Tereza Cruz Lourenço, Coordenadora do Grupo de Apoio ao Tabagista (GAT), do Hospital do Câncer – A.C. Camargo – de São Paulo, “A fumaça do cigarro é uma mistura de cerca de 5 mil elementos diferentes. Possui uma parte gasosa (que contém monóxido de carbono), uma partícula (alcatrão), nicotina e água. O alcatrão contém substâncias comprovadamente carcinogênicas como o arsênio, níquel, benzopireno, cádmio, polônio 210, DDT. A fumaça do cigarro também contém ciliotoxinas e irritantes. Vários órgãos e sistemas sofrem os efeitos farmacológicos da nicotina, que conjuntamente com o CO atua no sistema cardiocirculatório, aumenta os níveis de trombohexano, levando a um aumento da adesividade plaquetária. A intoxicação do SNC (Sistema Nervoso Central) pela nicotina pode levar a tremores, vômitos, convulsões, depressão respiratória e morte”.

A especialista explica: “A severidade da dependência a nicotina pode ser ilustrada com o fato de que apenas 33% das pessoas que deixam de fumar sozinhas permanecem abstinentes por um período superior a 2 dias, e menos de 5% mantêm-se abstinentes por mais de 1 ano. 50% dos fumantes com aproximadamente 20 anos de idade preenchem os critérios da DSM-IV para dependência a nicotina, e 84% dos fumantes mais velhos”.

Colhe-se do documento: “É responsável por 90% dos cânceres de pulmão” (Disponível em: <www.hcanc.org.br/outrasinfs/ensaios/fst.html>. Acesso em 06 out. 2004).

Segundo a Associação Americana do Pulmão, o hábito de fumar é a causa número um do câncer de pulmão e o cigarro contém mais de 4.000 (quatro mil) substâncias químicas, muitas das quais já provadas ser cancerígenas. Quanto maior o tempo e a quantidade de exposição, maiores os riscos de desenvolver câncer de pulmão (Disponível em: <<http://www.lungusa.org/site/pp.asp?c=dvLUK9O0E&b=35427>>. Acesso em 06 out. 2004).

Importam, sobretudo, na associação entre o tabagismo e o desenvolvimento de câncer de pulmão, os seguintes dados estatísticos: “O tabagismo é considerado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) a principal causa de morte evitável em todo o mundo. A OMS estima que um terço da população mundial adulta, isto é, 1 bilhão e 200 milhões de pessoas (entre as quais 200 milhões de mulheres), sejam fumantes. Pesquisas comprovam que aproximadamente 47% de toda a população masculina e 12% da população feminina no mundo fumam. Enquanto nos países em desenvolvimento os fumantes constituem 48% da população masculina e 7% da população feminina, nos países desenvolvidos a participação das mulheres mais do que triplica: 42% dos homens e 24% das mulheres têm o hábito de fumar. O total de mortes devido ao uso do tabaco atingiu a cifra de 4,9 milhões de mortes anuais, o que corresponde a mais de 10 mil mortes por dia. Caso as atuais tendências de expansão do seu consumo sejam mantidas, esses números aumentarão para 10 milhões de mortes anuais por volta do ano 2030, sendo metade delas em indivíduos em idade produtiva (entre 35 e 69 anos) (WHO, 2003)” (Disponível em: <www.inca.gov.br/tabagismo/dadosnum/mundo.htm>. Acesso em 06 out. 2004).

Seja qual for o nível de dificuldade genérica de associação entre o tabagismo e o câncer, no caso de Olívio da Silva Bernardo foi superada por prova consistente, revestida de superlativo valor – graças à aptidão técnica da maioria das testemunhas inquiridas, bem como à idoneidade dos documentos colacionados, para elucidar questão de natureza médica.

Todos os médicos inquiridos admitiram, em percentuais diferenciados, a probabilidade de desenvolvimento da doença por pacientes tabagistas. Embora reconhecendo que o tabagismo não é condição necessária (único fator de risco de desenvolvimento da moléstia) ou suficiente (sempre

levará ao câncer de pulmão), nenhum deles excluiu a relação entre o tabagismo e o câncer de pulmão, sem o relevo que a defesa pretendeu conferir à incerteza quanto ao tipo de tumor (epidermóide).

Importa, sobretudo, a justificativa apresentada para a inserção do “tabagismo” entre as causas da morte, no documento oficial, pelo esculápio signatário do atestado de óbito, ao prestar testemunho, conforme acima transcrito.

Além disso, a “FOLHA DE EVOLUÇÃO” do Hospital São Lucas da PUCRS, relativa ao paciente Olívio da Silva Bernardo, contém diversas referências ao tabagismo, fato que, por óbvio, não pode ser tributado a mera coincidência ou ao acaso. Nos registros lançados em 17/10/99, 18/10/99, 19/10/99, 20/10/99 e 21/10/99 está destacada a condição de “ex tabagista” (fls. 21 v., 22, 23, 23 v.), e os registros lançados em 22/10/99, 25/10/99, 26/10/99, 27/10/99, 28/10/99 e 29/10/99 consignam “ex tabagista pesado” (fls. 24, 25, 25 v, 26, 26 v, e 27).

Em “NOTA DE INTERNAÇÃO”, datada de 16.10.99, consta “Ob: ‘(...) EX-TABAGISTA: fumou por 43 ANOS ± 1 CART/DIA, DEIXOU HÁ ± 3 ANOS”” (fl. 20).

Igualmente, a “NOTA DE ADMISSÃO DE PACIENTE”, emitida pela médica Daniela Barletta, do Serviço de Radioterapia do Hospital São Lucas da PUCRS (fl. 31), apresenta o seguinte “Sumário da Anamnese”: “Paciente com 57 anos, tabagista no passado, com queixas de há 5 meses com tosse, escarro hemático, dor torácica, perda de peso (4-5 kg)”. No item “OUTRAS INFORMAÇÕES”, consta: “Tabagista dos 15-43 anos (1 carteira/dia). Cardiopatia isquêmica em tratamento”.

DA ILICITUDE E DA CULPA

Entretanto, é cediço, a responsabilidade civil não se contenta com a existência do fato vinculado a um resultado danoso. Trata-se de fenômeno complexo, que só nasce e passa a existir a partir da conjugação de todos os seus elementos.

Um desses elementos, destaca ALVINO LIMA, “é o fato violador do direito, considerado em si mesmo e que não pode confundir-se com a culpa, que é elemento distinto”. E explicita: “O fato violador do direito pode vir ou não acompanhado da culpa; se esta acompanha a violação do direito, surge a

responsabilidade civil, provados o dano e o laço de causalidade. Se, entretanto, a violação do direito de outrem não vem acompanhada da culpa, estaremos em face de um fato sem significação jurídica, no sentido de fixar a responsabilidade extracontratual do seu autor. (...) esta violação pode estar protegida por um direito, como a legítima defesa; pode ser consequência de culpa da própria vítima, ou ser o fruto de uma fatalidade, superando a previsão e as cautelas humanas” (Culpa e Risco. 2. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 52-53).

Resta saber se as circunstâncias do caso concreto caracterizaram hipótese de neutralização da responsabilidade, oposta em defesa da ré, com base no artigo 160, inciso I, do Código Civil, e na teoria do risco assumido.

Efetivamente, a teor do artigo 160, inciso I, *verbis*: “Não constituem atos ilícitos: I – Os praticados ... no exercício regular de um direito reconhecido”.

Conforme a doutrina clássica, o dever genérico de não causar dano a outrem, enquanto princípio, admite exceções, excludentes da responsabilidade do agente (RENÉ SAVATIER. *ob. cit.*, p. 48).

A *injuria* (violação do dever jurídico de não causar dano a outrem) pode estar protegida por outro direito, ou resultar do consentimento da vítima.

E não há dúvida que o artigo 220, § 4º, da Constituição Federal de 1988, consagrou o direito de comercializar tabaco no Brasil, ao dispor: “A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”.

Se o legislador erigiu a norma constitucional a limitação da propaganda comercial do tabaco, entre outros produtos, imperioso admitir, como pressuposto, a licitude do negócio.

Acontece que os autores não situam a ilicitude na industrialização ou comercialização de cigarros, e sim na ocultação proposital da composição química dos cigarros, porque inclui, segundo consta da inicial, 60 (sessenta) substâncias cancerígenas.

A manipulação da nicotina, como mecanismo de estímulo à dependência, foi denunciada por Jeffrey S. Wigand, ex-empregado da empresa Brown & Williamson, quando testemunhou a inclusão de substâncias

consideradas cancerígenas, inclusive veneno de rato, com o objetivo de lucro. Citou a participação de representante da ré em reunião realizada para estabelecer estratégias de exploração do produto, imputando-lhe a participação no transporte ilegal de sementes para o Brasil.

Tais elementos constam do testemunho, prestado em 29 de novembro de 1995 em um processo iniciado pelo Estado do Mississippi objetivando reembolso pelos custos com o tratamento de doenças relacionadas ao fumo.

Sobre as substâncias cancerígenas: “P. O senhor soube que a Brown & Williamson estava usando um tipo de veneno de rato no cigarro? R. Sim. P. Que tipo de veneno de rato era esse, senhor? R. Era um composto chamado ‘coumarin’. (...) Eu fiquei preocupado com o uso continuado deste composto no cigarro após ele ter sido removido dos cigarros porque a FDA proibiu o seu uso em alimentos com aditivos. A razão pela qual permaneceu no cigarro é porque a sua remoção poderia mudar o sabor do cigarro e, conseqüentemente, afetar as vendas. Eles continuaram usando o composto até a minha saída, mesmo após o Programa NT. P. Que programa é esse? R. O Programa Nacional de Toxicologia anunciou evidências de que o composto era cancerígeno. (...) P. E quando você pediu para que o composto fosse removido, o que disseram? R. (...) que não poderia ser removido porque causaria impacto nas vendas (...)”.

Sobre a participação na reunião: “P. A reunião envolveu um encontro de todos os gerentes de pesquisa de todas as companhias de cigarro. Havia representante da ‘Brown & Williamson’, que era eu. Havia da Souza Cruz, que é a entidade brasileira, da ‘BATCO’, que era a entidade do Reino Unido, da Alemanha, que era a ‘BAT Cigaretten-Fabriken’, e do Canadá, a ‘Imperial Tobacco’. P. Eram todos cientistas? R. Eram os cientistas ‘número um’ de cada uma dessas companhias. (...) A reunião abrangeu vários tópicos, tais discussões sobre análogos da nicotina, ensaios biológicos e metodologias de testes biológicos; discussões sobre como reduzir o ‘noxae’ que havia no cigarro. P. Soletre esta palavra, por favor. R. N-O-X-A-E. P. O que significa? R. É o plural de ‘noxus’. P. O que isso significa? R. Uma substância venenosa”.

Sobre o transporte ilegal de sementes para o Brasil: “P. Houve um momento em que alguém levou sementes para o Brasil? R. Sim. (...) As sementes eram plantadas em ‘Centiments - New Jersey’, e eram levadas, quando era sabidamente

ilegal, para serem cultivadas pela Souza Cruz, no Brasil” (Tradução livre. Disponível em: <<http://www.jeffreywigand.com/insider/pascagoula.html>>. Acesso em 06 out. 2004).

Apropriado o fato pelo domínio público, através do meio de comunicação mais ágil e abrangente disponível na atualidade, subsume-se na previsão do artigo 334, I, do CPC, que dispensa atividade probatória, e, por si só, já seria suficiente para deslocar a conduta da ré do âmbito do exercício regular de direito.

Mister, ainda, nessa esfera, distinguir o abuso de direito do mau uso de uma liberdade.

Enquanto o exercício de prerrogativas conferidas, explicitamente, a uma pessoa, reveste-se de presunção de licitude, o exercício do amplo e vago poder de agir, decorrente de ausência de proibição legal, não confere senão uma frágil presunção de licitude do ato (omissivo ou comissivo) praticado. A título exemplificativo desta noção geral de direito com contorno indefinido, JACQUES GHESTIN cita, justamente, a liberdade de exercer o comércio, assim como a liberdade de ir e vir. No último caso não é a natureza do direito que conta para a determinação da licitude, mas o cumprimento dos deveres gerais de prudência no exercício da liberdade. Além disso, não cabe confundir a reprovação do abuso no exercício do direito com a reprovação do ilícito praticado por ocasião ou à margem do exercício do direito. Os atos da segunda categoria, diz o consagrado civilista, se situam fora dos limites “externos” do direito. Eles correspondem a nada mais do que o mau uso de uma liberdade (*Traité de Droit Civil*. Paris: *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*. 4^{ème} édition, 1994, p. 754-755).

Sob esta ótica, seja por mau uso da liberdade de exploração da atividade tabagista, inspirada pelo intuito exclusivo de lucro, seja por desviar-se da finalidade social objetivada na lei (ao manipular o produto, em prol de seu interesse econômico, sem consideração à saúde da coletividade), a conduta da ré não pode ser considerada lícita.

Não se cuida, como visto, de violação a dever de informar ou de defeito do produto, mas de manipulação fraudulenta do produto. Irrelevante,

assim, a vigência e incidência das correlatas normas do Código de Defesa do Consumidor, ora invocadas, ora repelidas, pela ré.

Reforçando tal entendimento, recente impulso da justiça americana às ações propostas pelo Governo contra a indústria do tabaco, visando ressarcimento de despesas por lucros auferidos indevidamente ao longo dos anos, explorando a propaganda enganosa (Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/2004/05/24/ult35u34950.jhtm>>. Acesso em 06 out. 2004).

Para esse efeito, o Governo americano apresenta as seguintes teses: declarações falsas negando que os fumantes passivos não estão sujeitos a doenças; declarações falsas negando que os cigarros viciam; manipulação da nicotina com o objetivo de criar dependência e negação dessa prática; direcionamento da propaganda para o público jovem e negação dessa prática; comercialização de cigarros “light” como menos nocivos à saúde, apesar de não serem; etc.) (Disponível em: <www.altria.com/media/03_06_03_04_05_DOJ.asp>. Acesso em 06 out. 2004).

Milita, ainda, contra a tese do exercício regular de um direito (ou exercício prudente de uma liberdade), a concretização de acordos (*Master Settlement Agreement*) no sentido de alterar a forma de comercialização e venda do tabaco nos Estados Unidos, estabelecendo novas regras para o *marketing* do produto (Disponível em: <<http://www.naag.org/issues/issue-tobacco.php>>. Acesso em 06 out. 2004).

E não cabe conceber a aplicação do princípio da legalidade (consagrado no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal) fora da concepção teleológica do direito.

Nem seria razoável admitir como excludente da ilicitude o retorno tributário de qualquer atividade econômica – mesmo tendo-se em conta a repercussão global de cada decisão judiciária.

Quanto ao consentimento do ofendido, a inconsistência da tese da defesa já parte da ausência de pressuposto indispensável para operar como excludente de ilicitude: “disponibilidade do bem jurídico”. Se for indisponível, há ilícito, conforme doutrina colacionada por APARECIDA AMARANTE (Excludentes de Ilicitude Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 51). Seguindo

esta lógica, quando se cuida de direitos à vida e à saúde, flagrantemente indisponíveis, a ordem pública se impõe, tornando ineficaz tal consentimento.

Seja como for, a teoria da aceitação do risco só se aplica aos perigos habituais ordinários e normalmente previsíveis, ligados a uma atividade. Logo, se, consoante razões de fato antes declinadas, só recentemente veio a público a manipulação de sementes de tabaco e da química utilizada na industrialização do cigarro, a máxima “volenti non fit injuria” (reiteradamente mal compreendida), assim como o cumprimento das normas regulamentadoras da propaganda da atividade, não operam em prol da exclusão da responsabilidade da ré.

DO CONCURSO DE CAUSAS

Como visto, a identificação do nexó etiológico, adquire, no caso concreto, particular magnitude, pois seria absurdo controverter a multifatoriedade do câncer, no atual estágio do resultado das investigações científicas – pelas razões antes alinhadas, e não é possível afastar o nexó etiológico entre a conduta da ré e a moléstia atestada como causa do óbito, independentemente da melhor compreensão possível dos artigos 364 e 368 e seu parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Aliás, segundo admite a melhor doutrina, “o problema da causalidade não encontra solução numa forma simples e unitária, válida para todos os casos”. SÉRGIO CAVALIERI FILHO justifica: “na minha experiência de magistrado tenho constatado que este é um ponto onde se registra o maior número de divergências entre os julgadores de todos os graus. E assim é porque esta ou aquela teoria fornece apenas um rumo a seguir, posto que a solução do caso concreto sempre exige do julgador alta dose de bom senso prático e da justa relação das coisas; em suma, é imprescindível um juízo de adequação, a ser realizado com base na lógica do razoável” (Programa de Responsabilidade Civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 55).

A solução, segundo SAVATIER, depende, na realidade, da convicção do juiz, que pode, validamente, se amparar em indícios convergentes, pois “A causalidade não é qualquer coisa que se veja e se toque, mas uma relação deduzida de circunstâncias de fato por uma operação do espírito” (Traité de la Responsabilité Civile. Paris: *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*. Tome Première, 1951, p. 6).

O exercício desta operação, orientado pela lógica do razoável, leva a concluir que, independentemente da melhor compreensão possível dos artigos 364 e 368 e seu parágrafo único, do CPC, a conduta da ré agravou as chances de um dano efetivamente produzido, hipótese na qual assiste à vítima indenização do valor deste risco (SAVATIER, ob. cit.), estimado, no caso *sub judice*, em 40% (quarenta por cento).

DO ALCANCE DA INDENIZAÇÃO

Encontra-se a base de cálculo da indenização nas disposições do artigo 1.537 do Código Civil (1916): “A indenização, no caso de homicídio, consiste: I – No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família. II – Na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia”.

Referida regra compreende as perdas experimentadas em razão dos laços afetivos com o extinto, mais o desfalque patrimonial suportado pelos que daquele dependiam para o sustento, segundo o princípio da reparação integral.

DO DANO MORAL

O dano moral, por morte do pai e do cônjuge, é ínsito às relações afetivas que, de regra, qualificam o vínculo consangüíneo e matrimonial.

Na feliz dicção de YUSSEF SAID CAHALI, “Seria até mesmo afrontoso aos mais sublimes sentimentos humanos negar-se que a morte de um ente querido, familiar ou companheiro, desencadeia naturalmente uma sensação dolorosa de fácil e objetiva percepção.

“Por ser de senso comum, a verdade desta assertiva dispensa demonstração: a morte antecipada em razão do ato ilícito de um ser humano de nossas relações afetivas, mesmo nascituro, causa-nos um profundo sentimento de dor, de pesar, de frustração, de ausência, de saudade, de desestímulo, de irresignação.

“São sentimentos justos e perfeitamente identificáveis da mesma forma que certos danos simplesmente patrimoniais, e que se revelam com maior ou menor intensidade, mas que sempre existem” (Dano moral. 2. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 111).

Também não se controverte, aqui, a relação de dependência econômica entre os autores e o extinto, pressuposto do dever de prestar alimentos, previsto no artigo 1.537, II, do Código Civil (1916).

A liquidação sujeita-se à cláusula geral do artigo 1.553 do CCB, que remete ao arbitramento, orientado pelo prudente arbítrio do juiz, segundo voz corrente na doutrina e na jurisprudência.

O exercício da referida atividade não dispensa recurso a paradigmas, colhidos de julgados em casos similares, como meio de estabelecer uma base de cálculo e, simultaneamente, resguardar a coerência das decisões.

Esta Câmara vem arbitrando, em casos de lesões psíquicas geradas por perda física (de membro ou função) ou de perda de um ente querido, de 100 a 500 salários mínimos.

Tais parâmetros não discrepam daqueles propostos em tabela elaborada por CLAYTON REIS, para a hipótese de danos morais decorrentes de ação física (Avaliação do Dano Moral. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 104).

Não se está apregoando uniformidade de julgados. Busca-se, na esteira da melhor doutrina, o mínimo de consenso possível, como meio de minimizar as dificuldades inerentes à inexistência de tarifamento ou parâmetros legais para liquidação do dano extrapatrimonial, e, simultaneamente, evitar disparidades escandalosas entre decisões de casos semelhantes, em prol da igualdade e segurança jurídica.

Por óbvio, o recurso a paradigmas serve apenas à fixação de uma base de cálculo, a ser individualizada, num segundo momento, para adequar-se às moduladoras específicas de ordem objetiva e subjetiva.

Adotada esta orientação, e considerando as variáveis do caso concreto (de um lado, o grau de sofrimento dos autores, pelo estreito vínculo afetivo e sangüíneo com o extinto, e, de outro lado, a superlativa capacidade da ofensora, pela natureza e porte de seus negócios [declinados expressamente na peça de defesa], bem como o grau de culpa, na medida direta de sua potencialidade superior ao *standard* comum em ato típico de sua atividade [MAURO BUSSANI. As Peculiaridades da Noção de Culpa. Porto

Alegre: Livraria do Advogado, 2000] , além das circunstâncias do evento, antes examinadas), estima-se razoável, e compatível com suas finalidades reparatória, punitiva e inibitória, o equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos.

Será considerado o valor do piso nacional, em equivalente moeda na data desta sessão de julgamento, corrigida a partir daí segundo variação do IGPM, e acrescida em juros da mora incidentes desde a data do fato.

A partir da edição do Código Civil de 2003 os juros moratórios são devidos à razão de 1% ao mês, por interpretação harmônica de seu art. 406 com o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

A utilização de salário mínimo apenas como referencial para arbitramento do dano moral, sem função de indexador, não incide na vedação do art. 7º, inc. IV, da Constituição Federal.

DO DANO MATERIAL

Consoante lição de JOÃO CASILLO, “Os rendimentos são, para efeitos de cálculo, aqueles da data do evento” (Dano à Pessoa e sua Indenização. São Paulo: RT, 1987, p. 125).

Os rendimentos que auferia a vítima estão representados nas declarações prestadas à Receita Federal – fls. 60, 61 e 62 (1997 a 1999).

Assim, a base de cálculo a ser adotada é o valor apontado na inicial (R\$ 900,00 – novecentos reais).

Deduz-se, por construção pretoriana, 1/3 (um terço), correspondente aos gastos pessoais do extinto, se vivo estivesse, respondendo a ré pelo saldo, na proporção de sua culpa (quarenta por cento – 40%), que corresponde a R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais), na data do óbito.

O limite temporal da pensão por morte, devida a filhos menores, guarda proporção inversa à aquisição da capacidade laborativa.

Por isso, não serve o conceito de maioridade fornecido pelo artigo 9º do Código Civil, *in verbis*: “Aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil”.

A capacidade é presumida, aos vinte e quatro anos, quando os filhos estariam aptos a desenvolver suas atividades produtivas, conforme sugere a realidade social brasileira.

Assim acordou a Quarta Turma do Eg. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 189856/RS, em 16.10.2000, sufragando voto do Min. BARROS MONTEIRO: "... Termo final do pensionamento devido aos filhos menores da vítima. Fixação em 24 anos, considerado que, nessa idade, os beneficiários já terão concluído a sua formação, inclusive em nível universitário".

Igualmente, no julgamento do REsp nº 106396/PR, em 13.04.1999, orientado por voto do Min. CESAR ASFOR ROCHA: "... II – Tratando-se de ressarcimento de dano material, a pensão pela morte do pai será devida até o limite de vinte e quatro anos de idade quando, presumivelmente, os beneficiários da pensão terão concluído sua formação, inclusive em curso universitário, não mais subsistindo vínculo de dependência".

O mesmo sodalício, por sua Terceira Turma, dispôs, ao julgar o REsp nº 56705/RJ, em 08.10.1996, relator o Min. WALDEMAR ZVEITER: "... Fixação do limite em vinte e quatro anos de idade quando, presumivelmente, os beneficiários da pensão terão concluído sua formação, inclusive, em curso universitário. Precedentes do STJ".

Concretamente, os filhos nascidos em 1970 (fl. 17) e 1977 (fl. 18), já haviam atingido a maioridade, assim considerada, na data do óbito (05.04.2000 – fl. 15), portanto, não fazem jus ao pensionamento.

Destarte, graças ao princípio da reversão, a pensão será auferida integralmente pela viúva, até os setenta (70) anos de idade de sobrevivida presumida da vítima (REsp nº 468934/SP, julgado em 07.06.2004, pela Quarta Turma, Min. FERNANDO GONÇALVES).

DA DISTRIBUIÇÃO DOS ENCARGOS DA LIDE

Estimando-se que os autores decaíram de 60% (sessenta por cento) dos pedidos, pagarão as custas nesta proporção, mais honorários de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao patrono da ré, segundo a regra da equidade, sob as condições do art. 12 da Lei nº 1.060/50. A ré suportará o restante das custas, e verba honorária arbitrada em 15% (quinze por cento) do valor da

condenação, tendo em conta a natureza da causa, extensão, zelo e local do trabalho desenvolvido pelos patronos dos autores – artigo 20, § 3º, do CPC.

Ante o exposto, o voto é no sentido de dar parcial provimento à apelação.

DESA. MARILENE BONZANINI BERNARDI (REVISORA)

Com a mais respeitosa vênia, divirjo do voto de Vossas Excelências.

Ainda que reste abstraída a culpa na análise da responsabilização, é necessário que reste demonstrada, forma cabal, além do dano e nexos causal, a existência de defeito no produto ou a insuficiência ou inadequação das informações prestadas pelo fornecedor para que haja o dever de indenizar.

E tal prova não veio aos autos.

Com destacado pelo em. Des. Dal Prá, em voto proferido perante esta Câmara, “o produto é defeituoso, segundo a definição legal inscrita no próprio §1º do já transcrito dispositivo, quando *“não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação.”*

Como se vê, o Legislador, ao menos no ponto, foi cuidadoso ao apresentar critérios objetivos para se avaliar as circunstâncias do caso concreto, tais como a **apresentação** do produto, o **uso e riscos que razoavelmente dele se esperam** e a **época que foi colocado em circulação**.

Há muitos anos já se tem ciência de que o cigarro é fator de risco para a incidência de diversas doenças. Nos Estados Unidos e na Inglaterra, pelo menos já desde o ano de 1950 se tem relacionado o hábito de fumar como importante desencadeador da bronquite crônica e do câncer de pulmão.

E prossegue o relator já citado, *“concretamente, no Brasil, desde 1988, com o advento da Portaria MS n.º 490, existe a obrigatoriedade da*

prestação de informações inerentes aos riscos decorrentes do fumo, inexistindo prova ou sequer notícia nos autos de que a ré a tenha descumprido.

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

*Idêntica situação ocorre com o “uso e riscos que razoavelmente dele se esperam”, já definido que os malefícios do fumo são de conhecimento notório há larga data, ensejando que seja **razoavelmente** esperado que o consumo de cigarros traga ao consumidor a possibilidade de aumentar o risco de incidência de diversas doenças.*

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

Como a lei civil não retroage, na verdade, salvo a referida Portaria MS n.º 490, só a partir de 1990 é que restou consagrado o dever da demandada em informar expressa e destacadamente aos consumidores o risco à saúde que o consumo de cigarros representa, o que, segundo a prova dos autos, tem atendido a contento.”

Tal aspecto restou, como de resto, bem apanhado pela sentença, que, com a devida vênia, deve ser confirmada pelos seus próprios fundamentos.

Concluo, por estas razões, que não restou demonstrada a existência de defeito no produto ou deficiência ou inadequação das informações prestadas pelo fornecedor ao consumidor.

Ainda que desnecessário, na medida em que já fulminado o primeiro fundamento que ensejaria eventual dever da ré em indenizar a autora, analiso os demais.

O dano, representado pela morte do Sr. Isidoro, esposo da autora, foi demonstrado pela certidão de óbito que foi colacionada aos autos por ocasião da petição inicial. Isolado no contexto, no entanto, o aspecto por si só não é suficiente para embasar a pretensão dos autores.

No que tange ao nexu causal, melhor sorte não socorre a apelante, já que não restou demonstrado qualquer liame entre o dano (evento morte) e os produtos industrializados e comercializados pela recorrida.

A prova colimada ao processo não indica tenha o Sr. Isidoro falecido em decorrência direta do consumo de cigarros, conquanto registrado na certidão de óbito a causa primária como sendo tabagismo, supostamente do que teria se originado a incidência do carcinoma. O tabagismo, por certo, é agravador do risco, mas não causa única de sua incidência.

Destaca-se, ademais, que não há certeza se o falecido havia parado de fumar apenas três anos antes de sua morte, ou, como registrado em outros documentos, aos quarenta e três anos de idade, ou seja, quatorze anos antes do diagnóstico da doença letal. Nesse caso, creio que mais ainda se afasta a comprovação do nexu causal, necessário ao deferimento do pedido indenizatório.

A jurisprudência da Corte vem se manifestando neste sentido, consoante pode se constatar dos precedentes adiante transcritos:

E M E N T A :
R E S P O N S A B I L I D A D E C I V I L .
D A N O M A T E R I A L E M O R R A L .
U S O D E C I G A R R O S .
N U L I D A D E D A S E N T E N Ç A ,
P O R C E R C E A M E N T O D E
D E F E S A , I N E X I S T E N T E ,
P O R Q U E U M A V E Z
D E S N E C E S S Á R I A ,
S O L U Ç Ã O D A D E M A N D A ,
P R O V A O R A L A E
D O C U M E N T A L P R E T E N D I D A S
P E L O A U T O R , I M P Õ E - S E O
J U L G A M E N T O A N T E C I P A D O
D A L I D E . I N C I D Ê N C I A D O S
A R T S . 1 3 0 E 3 3 0 , I , D O
C P C . I L E G Í T I M I D A D E
P A S S I V A , D E A L G U M A S
D E M A N D A D A S , A F A S T A ,
E I S Q U E D E V E S E R O
S U J E I T O D A R E L A Ç Ã O
P R O C E S S U A L , P A R A S E R
P A R T E L E G Í T I M A , Q U E M É
O S U J E I T O D A P R E T E N S Ã O
O U S U J E I T O S U J E I T O D A
P R E S T A Ç Ã O , C A S O D O
A U T O R E D A S R É S .
I N É P C I A D A I N I C I A L
I N O C O R R E N T E , S E J A N O
T O C A N T E À T U T E L A

A N T E C I P A D A , A O S D A N O S
M O R A I S O U D A N O S
D E N S O M A I S ' , B A S I C A M E N T E ,
P O R Q U E N ã O
C A R A C T E R I Z A D A N E N H U M A S
D A S H I P Ó T E S E S
C O N T E M P L A D A S N O A R T O .
2 9 5 , P A R Á G R A F O Ú N I C O ,
D O C P C . P R E S C R I Ç Ã O
D O I N Q Ü E N A L D O A R T . 2 7 ,
D O C D C , N ã O I N C I D E N T E ,
P O R N ã O E S T A R , A
R E P A R A Ç Ã O P E R S E G U I D A
N A I N I C I A L , C A L C A D A E M
D E F E I T O D O P R O D U T O , M A S
N A S C A R A C T E R Í S T I C A S
E S S E N C I A I S D O M E S M O .
I M P U T A Ç Ã O D E A T O
I L I C I T O D E S A C O L H I D A ,
P O R H A V E R , D E P A R T E D A S
D E M A N D A D A S , A P E N A S O
E X E R C Í C I O R E G U L A R D E U M
D I R E I T O R E C O N H E C I D O ,
S E J A N A P R O D U Ç Ã O E
C O M E R C I A L I Z A Ç Ã O D E
C I G A R R O S , S E J A N A
P U B L I C I D A D E D E S U A S
M A R C A S , À L U Z D O
A R T . 1 6 0 , I , D O C Ó D I G O
C I V I L D E 1 9 1 6 , E N T Ã O
V I G E N T E , C I R C U N S T Â N C I A S
Q U E , M E S M O D I A N T E D O
T E O R D O A R T . 1 5 9 , D O
R E F E R I D O C Ó D I G O ,
D E S C A R T A M A
P O S S I B I L I D A D E D E C U L P A
D A S D E M A N D A D A S E O
N E X O D E C A U S A L I D A D E
E N T R E A C O N D U T A D A S
M E S M A S E O U S O D E
C I G A R R O S P E L O A U T O R ,
A L I A D O À S D O E N Ç A S
C O N T R A Í D A S ,
I N E X I S T Ê N C I A D E
P U B L I C I D A D E E N G A N O S A E
I M P O S S I B I L I D A D E D E
I N V E R S Ã O D O Ô N U S D A
P R O V A , À V I S T A D O S
A R T S . 6 ° , V I I I , 3 7 E 3 8 ,
D O C D C , O C A B I M E N T O D O
R E C U R S O A D E S I V O S Ó É
P O S S Í V E L , Q U A N D O H O U V E R
S U C U M B Ê N C I A R E C Í P R O C A .
A P E L A Ç Ã O D E S P R O V I D A E
R E C U R S O A D E S I V O N ã O
C O N H E C I D O . (A P E L A Ç Ã O
C Í V E L N ° 7 0 0 0 6 2 7 0 5 0 8 ,
Q U I N T A C Â M A R A C Í V E L ,
T R I B U N A L D E J U S T I Ç A D O
R S , R E L A T O R : L E O L I M A ,
J U L G A D O E M 1 8 / 0 9 / 2 0 0 3)

**APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL.
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E
MATERIAIS. MORTE DE CÔNJUGE ATRIBUÍDA A**

VÍCIO DE FUMAR. RESPONSABILIZAÇÃO DA COMPANHIA PRODUTORA DO CIGARRO. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL INDEMONSTRADOS. DEVER INDENIZATÓRIO NÃO RECONHECIDO.

AGRAVO RETIDO: Não reiterado o agravo retido pela parte interessada em sede de apelo ou contra-razões, não é de ser conhecido, conforme regra do §1º do art. 523 do CPC.

MÉRITO: Tratando-se de pedido de indenização de danos materiais e morais fundado em defeito do produto (cigarro) e na deficiência das informações prestadas pelo fornecedor (art. 12 do CDC), necessária a produção da prova da existência do aludido defeito ou da referida carência informativa, e bem assim da existência do dano e do nexo causal.

Demonstrado, contudo, pela empresa demandada, a não-deficiência ou insuficiência na informação prestada ao consumidor, a inoccorrência de liame etiológico entre o dano e produto, bem como a configuração de culpa exclusiva da vítima, a par da licitude da atividade comercial que desempenha, corolário lógico é a improcedência da demanda.

RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDO.

(Apel. 70005294855, 9ª Câm. Cível, relator Des. Pedro Celso Dal Prá)

No caso concreto, além de ter restado incomprovada a prática de ilícito por parte da ré, sua culpa – ou, sob a ótica estrita do Código de Defesa do Consumidor, o fornecimento de produto defeituoso ou carente de informações suficientes ou adequadas – e de nexo causal entre a doença que vitimou o Sr. Isidoro e os produtos industrializados pela acionada, constata-se, ainda, a presença de causa excludente da responsabilidade civil, representada pela **culpa exclusiva da vítima**, prevista, inclusive, como excludente específica da responsabilidade do fornecedor, nas hipóteses do art. 12 do CDC, conforme seu §3º, inciso III.

Com efeito, o material probatório dos autos demonstra que a vítima fumou durante vários anos – mais de quarenta, se consideradas as alegações da autora – tendo parado no mínimo três anos antes do óbito, ou até quatorze, já que há referência que teria fumado até os quarenta e três anos de idade, e isso antes da constatação de graves problemas respiratórios.

Em que pese se considere o tabagismo “vício”, ao fundo e ao cabo, o fumante continua fumando por desiderato próprio. Ainda que

geralmente seja difícil “largar” o cigarro, não é menos certo que se trata de hábito o qual inúmeras pessoas abandonam sem maiores problemas.

Enfim, adotando os fundamentos da douda sentença, voto por negar provimento à apelação.

DES. ADÃO SERGIO DO NASCIMENTO CASSIANO

Eminente Presidente, estou de acordo com o brilhante, minucioso e judicioso voto proferido por V. Exa., que, como de hábito, analisou exaustivamente a prova.

Também ressalto que a decisão, com fundamentos um pouco diversos, está na linha do que, em outros dois precedentes, já manifestou esta E. 9ª Câmara Cível (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70000144626, NONA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ADÃO SÉRGIO DO NASCIMENTO CASSIANO, JULGADO EM 29/10/2003; APELAÇÃO CÍVEL Nº 70007090798, NONA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA, JULGADO EM 19/11/2003).

Eu apenas estaria, eminente Presidente, com a devida e respeitosa vênua, na questão da concausa, ousando divergir de V. Exa. para dizer que, segundo esta prova que foi muito bem analisada, especialmente a questão da causa da morte, do próprio depoimento do médico que atestou e dos demais médicos que prestaram depoimento no processo, na verdade, o que houve aí foi um encadeamento causal, ou seja: fumou e teve câncer.

Não vejo nenhuma questão de causa superveniente, causa independente ou causa relativamente independente. Enfim, tenho que o câncer resultou diretamente da questão do hábito de fumar, e esta foi a causa da morte. Menciona o médico a insuficiência respiratória, a caquexia, a neoplasia de pulmão e o tabagismo. Esclarece o médico que o atestado de óbito começa pela causa básica da morte e vai até o que levou à morte do paciente. Então, começou com o câncer de pulmão, caquexia, insuficiência ventilatória ou respiratória e, no segundo item, colocou os fatores que estão **associados** à causa da morte, que seria, *in casu*, o **tabagismo**, como disse **literalmente** o médico.

Então, o que há na verdade é um **encadeamento** de '**sucessos**', que não faz com que separemos as causas, como separaríamos em outras circunstâncias, tal como, p.ex.: o sujeito foi internado num hospital porque tomou uma facada, mas morreu queimado num incêndio do prédio. Nesse caso, evidentemente, seriam causas efetivamente independentes. Aqui, porém, há um **encadeamento lógico** e **sucessivo** da **causa**, uma causa levando à outra diretamente, de modo que o sucesso acontecido decorre diretamente daquela questão do hábito do tabagismo, sem demonstração de quaisquer outros fatores.

Aqui, Sra. Presidente, ingressam, ademais, as regras da experiência comum daquilo que normalmente acontece (CPC, art. 335), além de que, se se quisesse discutir efetivamente o nexos causal aqui, impunha-se a feitura de outras provas que cabiam à demandada fazer (art. 333, II, do CPC), e não aos autores.

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

Saliente-se, por primeiro, que, quando operamos no Direito, temos que ter, no mínimo, uma idéia ou noção de Direito para, a partir dela, podermos examinar os casos concretos e fazer a justiça do caso concreto, que é aquilo que de nós exige o povo, que é aquilo que de nós exige a sociedade, que é aquilo que de nós exige o jurisdicionado.

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

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

Nesse norte de pensamento poderia lembrar aqui desde o americano Ronald Dworkin, passando por Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris,

Robert Alexy, para citar apenas alguns dos autores estrangeiros. E apenas para lembrar alguns autores nacionais, um de saudosa memória, Geraldo Ataliba, que, embora não sendo do ramo da responsabilidade civil, tinha e expunha magistralmente uma visão científica do Direito, coerente e metodológica. Ainda entre os brasileiros podem ser citados, entre outros, Paulo de Barros Carvalho e Roque Antonio Carrazza, não devendo ser esquecidos, aqui no Rio Grande do Sul, da nossa UFRGS, os Professores Juarez Freitas e Humberto Ávila.

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

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

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

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

Até que ponto os princípios se relacionam e até que ponto um princípio cede diante do outro? Karl Larenz dá exemplos característicos na sua Metodologia sobre como se resolve esta questão do aparente conflito de princípios, que é resolvido pelo próprio sistema e sobre que não vou alongar-me aqui na explicação porque não é esse o objetivo.

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

Nesse sentido, a tese é a norma, a qual não se confunde absolutamente com a lei, exatamente porque ela, a norma, é deduzida do

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

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

Pois bem. Ao tratar da chamada omissão na ação, que é aquela situação que pertence a estes autos, Cunha Gonçalves, em seu Tratado de Direito Civil (Volume XII, Tomo II, Ed. Max Limonad, 1957, p. 527), pontifica que tal não é propriamente uma abstenção, mas, sim, negligência, pois consiste em qualquer pessoa, ao exercer determinada atividade, não tomar todas as precauções necessárias para não causar prejuízo a outrem.

Portanto, tendo a indústria, a ré em particular, fabricado e comercializado o cigarro, com pleno conhecimento e consciência dos malefícios que o produto de sua fabricação causa à saúde de fumantes e de não-fumantes, inclusive dependência química, não há dúvida de que, quem fabricou e comercializou o produto, criou, conscientemente, o risco do resultado, razão pela qual tinha e tem obrigação de impedi-lo. Omitindo-se, flagrantemente, nesse mister, não há dúvida de que está caracterizada a culpa por omissão e, no caso, pelo resultado morte da vítima Olívio da Silva Bernardo. É a situação caracterizada de omissão na ação a que se aludiu.

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

Desse modo, não só a ré sempre criou o perigo, como também sempre omitiu eventuais precauções com relação ao prejuízo a fumantes e não-fumantes. Aliás, quanto aos não-fumantes especialmente, porque a

fumaça que os atinge, no mais das vezes, sequer passou pelo filtro ou piteira do cigarro. E a omissão sempre foi deliberada, consciente, chegando, como já referido em outra oportunidade, naquele voto do precedente referido, e como revelaram os arquivos secretos que estão no *site* a que já fiz alusão, aos lindes do dolo, porque tudo era do pleno conhecimento da demandada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Todos esses exemplos são de atividades **lícitas**.

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

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

Em nosso Estado já se produz a chamada soja transgênica, que foi legalizada.

Na verdade, esses produtos são uma realidade do progresso, e o progresso não pode ser parado. Bom seria que os transgênicos legalizados tivessem sua produção aumentada a ponto de matar a fome do mundo e matar a fome, em particular, deste nosso País, que é justamente uma das piores chagas que nos aflige, e há uma incapacidade do Estado e do sistema em resolver.

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

Lembro que, quando eu era magistrado na Comarca de Uruguaiana, eu apreciava muito a carne *vacum* argentina, porque aquela carne era superior à brasileira porque continha hormônios, coisa que a nossa, a

brasileira, até então não continha, e por isso a carne argentina era melhor e de maior qualidade.

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

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

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

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

Já prelecionava Silvio Rodrigues, na sua obra (*in* Direito Civil – Responsabilidade Civil, Ed. Saraiva, 17^a 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 multifacetariedade cambiante da vida moderna em sociedade, como já referiu o Des. Nereu José Giacomolli em outro julgamento sobre o mesmo assunto (Apelação Cível nº 70006964365), em que se desconstituiu a sentença de primeiro grau.

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

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

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

Todavia, Sra. Presidente, se entendermos que o Direito é um sistema, que a ordem jurídica é um sistema e que não se esgota na simples letra fria da lei posta pelo Estado – aliás, a lei é a cristalização do Direito, a

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

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

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

“A inexistência, no Código Civil, de artigo como o § 242 do BGB, que consagra o princípio da boa-fé objetiva no direito alemão, não obsta a sua vigência em nosso direito das obrigações, ‘pois se trata de proposição jurídica com significado de regra de conduta’ (Couto e Silva, ob. cit. p. 30) e ‘sua aplicação pode ser o resultado de necessidades éticas

essenciais ainda quando faltem disposição legislativa expressa.”

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

Embora o uso do fumo, o vício, tenha sido adquirido em longínqua época, a doença da vítima foi agora, e a morte foi agora, em 05/04/2000. Por isso entendo, como V. Exa., que se aplica ao caso o Código Civil de 1916, mas também, ainda, o próprio Código de Defesa do Consumidor.

No mais, não vejo, como dito, na questão do nexo de causalidade, e com a devida vênia da eminente Relatora, a questão da concausa para se fazer a redução das parcelas devidas. Tenho, assim, que a pensão deve ser de 2/3 dos R\$ 900,00. Na questão da indenização pelos danos extrapatrimoniais, concedo nos termos e no montante do pedido na inicial, na medida em que os autores lá voluntariamente **limitaram** o seu pedido.

O voto, pois, é no sentido de dar provimento ao apelo, julgando totalmente procedente a ação.

“POR MAIORIA, EM VOTO MÉDIO, DERAM PROVIMENTO AO APELO, TENDO A RELATORA PROVIDO EM MENOR EXTENSÃO, VENCIDA A REVISORA QUE NEGAVA PROVIMENTO”.

Julgadora de 1º Grau: Dr.^a HELENA MARTA SUAREZ MACIEL GIOSCIA