



COMARCA DE PORTO ALEGRE - 3ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL
Rua Márcio Veras Vidor (antiga Rua Celeste Gobato), 10

Nº de Ordem: 0421 - 2010
Processo nº: 001/1.07.0191820-2 (CNJ:.1918201-92.2007.8.21.0001)
Natureza: Ordinária - Outros
Autor: GISELE VIDOR CAUDURO
CLAUDIA VIDOR CAUDURO
Réu: SOUZA CRUZ S A
Juiz Prolator: MAURO CAUM GONÇALVES
Data: 29/06/2010

1.0) RELATÓRIO:

GISELE VIDOR CAUDURO e CLAUDIA VIDOR CAUDURO, qualificadas na inicial, moveram a presente Ação, nominada como *INDENIZATÓRIA*, em face de SOUZA CRUZ S.A., igualmente qualificada, alegando que CLÁUSIO DOS SANTOS CAUDURO, pai das demandantes, faleceu em 25/06/2004, vítima de *insuficiência de múltiplos órgãos, septicemia, câncer de laringe recidivada*, doença que, afirmam, teve como principal causa o consumo de tabaco, eis que o falecido teria iniciado a fumar com cerca de 17 anos de idade, no final da década de 1960, época em que, segundo alegam, não havia divulgação ou informações acerca dos malefícios do cigarro. Seguiram aduzindo que seu falecido pai fumou ao longo de toda a sua vida os cigarros produzidos pela demandada, em especial as marcas *MINISTER, HOLLYWOOD e CARLTON*; que, em 20/10/2002 se dirigiu ao Hospital de Pronto Socorro de Porto Alegre em razão de uma hemorragia oral, sendo diagnosticado uma *lesão inflamatória com tumoração na região de base e assoalho de língua no lado esquerdo, Nódulo submandibular palpável no mesmo lado*; motivo por que foi encaminhado ao Hospital São Lucas da PUC e foram realizados diversos exames, com diagnóstico definitivo e **carcinoma espinocelular**, datado de 04/12/2002. Referiram que, em meados de 2003, submeteu-se o paciente à tratamento de *quimio e radio* terapia, o que teria perdurado por vários meses, acarretando muitos efeitos colaterais e sofrimento (dor, fraqueza, torturas, náuseas, ardência e queimação). Esclarecem que, apesar disso, ao final do ano, diante do contínuo desenvolvimento da doença, os médicos decidiram realizar cirurgia, que veio a ser realizada em data de 12/12/2003, com duração de nove horas e **extração de parte da língua, dentes e cordas vocais**, passando o paciente a respirar por



orifício de traqueostomia e necessitando alimentar por dieta líquida, tendo ainda perdido a possibilidade de falar. Referem as autoras que sofreram ao ver seu pai mutilado, deformado, mudo e padecendo pela enfermidade. A alta do paciente teria ocorrido em 21/12/2003, mas, já em abril de 2004, os médicos teriam constatado o retorno da doença, sendo realizada segunda cirurgia em 29/04/2004, ao final da qual os médicos não teriam deixado nenhuma esperança de recuperação do paciente, em razão de que a doença já tinha se espalhado a outros órgãos; e que o paciente não mais pôde alimentar-se por via oral, e ainda ficou dependente de uso de uma sonda para alimentar-se e também de tubos de oxigênio, em razão de insuficiência respiratória (devido ao câncer ter alcançado seus pulmões). Referiram que, naquela segunda cirurgia, foi colocado um enxerto de pele no pescoço do paciente, mas que ele foi rejeitado, do que redundou exposição dos tecidos do pescoço. O paciente, segundo referem, seguiu internado até a data de seu falecimento, ocorrido em 25/06/2004. Aduziram que a co-autora GISELE VIDOR CAUDURO contava com 25 anos à época, e sofreu danos extra-patrimoniais, tendo inclusive se submetido a tratamento psiquiátrico e ao consumo de medicamentos; e que ela, em razão destes abalos, enfrentou dificuldades profissionais, sendo inadmitida no exame da OAB-RS 01/2004 e demitida do escritório onde trabalhava. Em relação à co-autora CLÁUDIA VIDOR CAUDURO, alegaram que contava com 19 anos à data do fato e que ficou revoltada com os acontecimentos, adotando postura agressiva com parentes e iniciando convívio com usuários de drogas, passando a consumir álcool e maconha diariamente, além de abandonar os estudos universitários. Argumentaram que, na época em que seu pai começou a fumar, idos de 1960, não existia informação sobre os males do cigarro, eis que a divulgação a respeito apenas teria se iniciado na década de 1990; que, apesar da falta de divulgação, desde meados de 1950 as indústrias fumageiras já tinham consciência dos malefícios de seu produto à saúde dos consumidores, o que apenas veio a público muito tempo depois, por força de ações judiciais promovidas nos Estados Unidos da América; que o enfoque publicitário da demandada atingia a adultos e também a jovens e adolescentes, em vista de expansão do mercado de consumo, e era falsa e ocultava as informações que deveriam ser prestadas. As demandantes citaram manifestações de cientistas que teriam trabalhado para indústrias



fumageiras a respeito da sapiência, desde a década de 50, sobre os efeitos cancerígenos, além de estudos a respeito dos diversos efeitos maléficos do cigarro. Afirmaram que a causa do câncer que vitimou de seu pai foi o uso continuado do cigarro, dado ao vício e a dependência desencadeados – sendo esse o nexo de causalidade entre o fato e o ato da demandada. Referiram haver, sobre o tema, um estudo do Hospital São Lucas da PUCRS que concluiria que 81% dos casos de carcinoma espinocelular de boca ocorrem em pacientes com histórico de tabagismo. Fundamentaram que seria dever da demandada indenizar-lhes os danos sofridos, sejam morais, sejam materiais. Quanto à extensão dos danos, referiram que já eram órfãs de mãe, e que perderam o pai prematuramente, perdendo apoio e lidando sozinhas com o tratamento do pai, a falta de recursos etc. Quanto aos danos materiais, referiram se tratar das despesas havidas pelas autoras com o tratamento psiquiátrico e psicológico, necessário à superação do trauma. Requereram, enfim, com o julgamento de procedência da lide, a condenação da demandada à obrigação de reparar os danos morais e materiais, mediante pagamento de indenizações, sendo a primeira em valor a ser fixado pelo juízo, e a segunda em valor correspondente ao despendido com tratamento médico e psicológico, bem como as despesas futuras com tais tratamentos. Postularam a gratuidade judiciária e instruíram a inicial com os documentos de fls. 30/460.

Foi deferida a gratuidade judiciária às autoras (fl. 462).

Citada (fl. 361, verso), a demandada contestou (fls.463/533), alegando que inexistiria nos autos prova de que o falecido pai das autoras teria consumido cigarros de sua produção; que a alegação de dependência do tabagismo seria insubsistente, eis que em nenhum momento se teria alegado que o falecido intencionou parar de fumar; que muitas pessoas param de fumar, sendo-lhes necessário apenas uma firme motivação; que o cigarro é um produto lícito; que a opção de fumar é livre e consciente e que as pessoas fumam porque querem; que os indivíduos são responsáveis por suas escolhas; que pretensões como as das autora vêm sendo reiteradamente desacolhidas por tribunais pátrios (5ª, 6ª, 9ª e 10ª Câmaras do TJRS) e estrangeiros. Reiterou que sua atividade seria plenamente lícita, o que por si só afastaria qualquer pretensão indenizatória (dependente e



condicionada a prática de algum ilícito); que a Constituição Federal reconhecera direito subjetivo à comercialização de cigarro e à sua publicidade (art. 220, § 4º). Referiu que o CDC não teria normatizado *a utopia de produtos sem risco ao consumidor. Ao contrário, os riscos à saúde e à segurança do consumidor são aceitáveis, desde que normais e previsíveis (arts. 8º e 9º)*; que o CDC *não exige que o produto ofereça uma segurança absoluta, mas apenas a segurança que se possa legitimamente esperar*. Argumentou que, a se fazer valer a tese da autora, também a comercialização de bebidas alcoólicas seria proibida, eis que capaz de levar ao alcoolismo; como também a de carne de porco, manteiga e produtos lácteos, porque associados ao aumento do colesterol e males do coração; e o sal, eis que fator de risco cardíaco para pessoas hipertensas. Referiu que, no caso do cigarro, há muito são veiculadas informações sobre os riscos à saúde associados ao seu consumo; que cumpriu, sempre com rigor, as normas públicas disciplinadoras da publicidade e cigarros, tanto na época em que o pai das autoras começou a fumar (década de 1960), quanto atualmente; que, em 25/08/1988, antes da Constituinte de 1988, foi editada a Portaria nº. 490 da União, que se constituiria na *primeira norma atinente às advertências a serem efetuadas pelos fabricantes sobre o seu produto*. Sobre esta questão, referiu que o fato de não terem sido veiculadas advertências nas propagandas anteriores àquela data, de 25/08/1988, seria insignificante ao deslinde da controvérsia, eis que não era legalmente exigível conduta diversa à época (evoca aplicação do disposto no art. 5º, II, da CF). Argumentou que os riscos associados ao consumo de tabaco seriam conhecidos há muitas décadas, de maneira que a *omissão* relativa ao ato de advertir seria juridicamente irrelevante; que a lei seria irretroativa, dado ao Princípio da Legalidade; que *pretender responsabilizar a ré por comercializar livremente seus produtos, quando não havia qualquer balizamento no sentido de limitar suas atividades mercantis, é atentar contra a Constituição*. A respeito da dependência causada pelo fumo, de que teria sido acometida a autora, referiu que somente a partir da portaria de número 695/99 que o Ministério da Saúde teria passado a *exigir da indústria a veiculação da cláusula asseverando que “A nicotina é droga e causa dependência”* - do que discordaria completamente, embora cumprisse com a determinação; que a palavra *vício* seria sido banalizada em seu significado, eis que



teria passado a alcançar qualquer atividade prazerosa, como consumo de café, chás, chocolates e refrigerantes; que, classicamente, vício significaria dependência capaz de *afastar o indivíduo de práticas e hábitos considerados importantes* (e exemplificou referindo que *não é raro que usuários de heroína prefiram injetar a droga a manter uma relação sexual, da mesma forma que alcoólatras perdem o interesse pelos alimentos. Em contrapartida, o cigarro permite que o indivíduo tenha uma vida plenamente normal e não se afaste das atividades que normalmente desempenha*). Argumentou que o conceito clássico de vício envolveria *intoxicação, tolerância e síndrome de abstinência*, sendo que o consumo de cigarros não preencheria nenhum desses requisitos. Sustentou que o conceito de boa-fé deveria ser aplicado de acordo com o contexto histórico, social e cultural da época, modo que seria indevido aplicar o conceito atual, que repercutiria junto ao dever de informar, sobre o fato em questão. Afirmou inaplicável o CDC, eis que não vigente na época dos fatos; e incorrente propaganda enganosa, eis que assim somente poderia ser conceituada defeituosa a propaganda que omitisse dado essencial do produto capaz de alterar a vontade do consumidor, a ponto de não fazer o negócio – no que, segundo seu entendimento, não se enquadraria o caso dos autos. Suas propagandas, referiu, atenderiam perfeitamente aos requisitos legais; e, entre elas e a decisão do pai das autoras, de fumar, inexistiria nexo de causa e efeito, por inexistência da fator determinante ou condicionante. Afirmou que a prova dos autos não apontaria relação entre a causa da morte e o consumo de cigarros; que os atestados médicos laborados unilateralmente não se prestariam de prova a esse fim; que incumbiria às autoras comprovar que o consumo de cigarros era a única e exclusiva causa do câncer que acometeu seu pai; que existiriam diversos outros fatores condicionantes ao surgimento do câncer (como poluição ambiental, exposição ocupacional, consumo de bebidas alcoólicas, dieta, genética etc). Referiu que as foto colacionadas aos autos indicariam que o falecido pai das autoras teria o hábito de beber chimarrão e bebidas com álcool, e que haveriam estudos indicativos de que o consumo dessas substâncias representaria fator de risco ao desenvolvimento de câncer na região da cavidade oral. Aduziu ainda que o câncer da cavidade oral não se desenvolve exclusivamente em fumantes, modo que o cigarro não seria fator condicionante à sua ocorrência; e que esta seria uma doença



multi-fatorial, sendo que na medicina não existiria nenhum estudo ou exame disponível que fosse capaz de *determinar se algum tipo de câncer foi causado por um fator de risco específico em um indivíduo em particular*. Sustentou que a culpa, acaso existente, seria exclusiva do consumidor (eis que, sabedor dos riscos, ainda assim persistiu fumando por anos a fio), o que afastaria o nexo de causalidade. Afirmou que seria impraticável a inversão do ônus da prova. Requereu o julgamento de improcedência. Instruiu a defesa com os documentos de fls. 534/

Houve réplica (fls. 1425/1435).

Tréplica às fls. 1570/1589.

Decretada a inversão do ônus da prova e determinada a realização de prova pericial (fl. 1592 – a demandada agravou retidamente em face desta decisão), formularam as partes seus quesitos, e sobreveio laudo às fls. 1812/1828, e complementação às fls. 1892/1894, do que se deu vista às partes.

Encerrada a instrução, vieram os autos em conclusão para sentença (fl. 1926). A demandada agravou retidamente em face desta decisão.

Foi o relatório.

Passo a fundamentar a decisão que ao final adotarei.

2.0) FUNDAMENTAÇÃO:

É questão de fato alegada na inicial e admitida na defesa que a doença que acometeu o falecido pai das autoras denomina-se **carcinoma espinocelular**. E é questão de fato incontroversa a de que o pai das autoras fumava desde seus 17 anos de idade (completados em 17/12/1968), e que permaneceu fumando até a data de seu óbito, aos 52 anos (ocorrido em 25/06/2004).

Essas questões são presumidas verdadeiras, independentemente de prova, na forma do art. 319, c/c o art. 334, II e III, do CPC.

Além disso, a prova médica apontou que *O Sr. Cláudio dos Santos Cauduro foi portador de neoplasia maligna da cavidade oral, mais*



especificamente da base da língua (carcinoma epidermóide ou espinocelular), sendo tratado adequadamente, sem conseguir sucesso (fl. 1815).

Sobre o nexo de causalidade, questão prejudicial à análise da pretensão indenizatória, tem-se que o laudo pericial médico foi conclusivo ao afirmar que, ***existem substâncias que podem estar relacionadas ao desenvolvimento do câncer de língua e da boca como o fumo e o álcool.*** (...) ***Cerca de 90% das pessoas com câncer de boca ou garganta fumam cigarros, charutos ou mascam fumo e o risco de desenvolver esses cânceres aumenta de acordo com a quantidade de fumo consumida. Ou seja, quanto mais a pessoa fuma, maior o risco. Fumantes têm 6 a 16 vezes mais chances de apresentar esses cânceres que os não-fumantes.*** (...) *Estudos observam que cerca de 37% dos pacientes aparentemente curados da doença, mas que insistem no hábito de fumar, vão ter um segundo câncer de boca, garganta ou laringe, comparados a apenas 6% dos que param de fumar. A fumaça do cigarro, charuto ou cachimbo pode causar câncer em qualquer parte da boca ou garganta, além da laringe, pulmões, esôfago, rins, bexiga e vários outros órgãos.* (...) O fumo passivo também é um fator de risco.

Embora esse mesmo laudo técnico aponte outros fatores de risco ao desenvolvimento da doença, como poluição atmosférica, profissão, clima, constituição genética, sexo, idade e raça, *há conclusão reta no sentido de que a causa preponderante ao desenvolvimento da doença é o tabagismo* - eis que se constitui no principal e mais nefasto fator de risco (às fls. 1816 e 1817 há referência a respeito).

Está evidenciado, pois, o nexo de causalidade entre as causas da doença do falecido pai das autoras, pelo que *se exclui a possibilidade de que outros fatores fossem condicionantes ao desenvolvimento da moléstia.*

Ainda que outros fatores possam ter contribuído para o agravamento da doença, a prova dos autos é contundente e determinante em apontar que a causa ***preponderante***, ainda que não necessariamente exclusiva, foi o tabagismo.



Então, é absolutamente desimportante a sustentação da demandada, no sentido de que o tabagismo não seria causa única e excludente à aparição e ao agravamento da doença.

Ainda que a demandada tenha aventado a suposição de que o *de cujus* fizesse uso de bebidas alcoólicas, segundo evidências da prova fotográfica colacionada aos autos; não há nenhuma conclusão ou prova concreta a respeito (apenas se cogitaram de possibilidades – vide laudo à fl. 1821).

E, por qualquer forma, o laudo pericial enfrentou o tema e esclareceu que o álcool é fator de segunda importância na ordem de preponderância de riscos, eis que *O consumo de bebidas alcoólicas aumenta enormemente o risco de um fumante desenvolver câncer de boca ou garganta. **Entre 75% e 80%** dos pacientes com câncer de boca bebem muito. Esses cânceres são **6 vezes** mais comuns entre consumidores de bebidas alcoólicas do que entre pessoas que não bebem. **Pessoas que bebem e fumam têm maior risco de câncer. É a combinação de fumo e da bebida alcoólica que é a mais fatal.*** Como se pode notar, o uso de bebidas alcoólicas não reduz a potencialidade lesiva do cigarro, mas amplifica-lhe os efeitos cancerígenos, modo que, mesmo ante a concorrência dos fatores, é certo que o tabagismo é fator condicionante à doença que acometeu o falecido pai das autoras (vide laudo fl. 1817).

Isso ocorre porque, como revelou o perito, *na fumaça produzida pela queima do cigarro há uma mistura de grande quantidade de substâncias tóxicas diferentes (...) composta, entre outros, por monóxido de carbono, amônia, cetonas, formaldeído, acetaldeído e acroleína (...) nicotina e alcatrão. Essas substâncias tóxicas, que atuam sobre os mais diversos sistemas e órgãos, **contém mais de 60 cancerígenos**, sendo os principais: Nicotina, Benzopireno, agrotóxicos, solventes e metais (fl. 1825).*

Não há dúvidas, pois, sobre a existência denexo de causalidade entre o tabagismo e a doença que acometeu o pai das autoras, bem como seu agravamento.

De outro lado, sobre a questão da dependência causada pelo



cigarro, que é negada pela demandada, esclareceu o perito que *Através de testes em laboratório fundamentalmente com roedores demonstrou-se que a nicotina estimula o metabolismo do cérebro com efeitos metabólicos e neuroquímicos qualitativamente semelhantes aos de outras drogas que tem propriedade de induzir dependência química. Impacto da nicotina introduz o conceito de que o cérebro produziria neurotransmissores que regulam a emoção e as sensações de prazer, fazendo com que o usuário estabeleça relação de dependência* (fl. 1827).

Ainda em relação à possibilidade, ou impossibilidade de o tabagismo causar dependência, química e psicológica: sobre a negativa da demandada resta sinalar que veio desprovida de provas que lhe dessem respaldo (inobservância ao disposto no art. 333, II, do CPC); e, sobre a afirmativa da autora, resta amparada nas declarações que o Ministério da Saúde passou a exigir fossem impressas em carteiras de cigarro - o que se sabe por fato público e notório (modo que independe de prova a respeito).

Ora, é pífia a alegação de que tal exigência do órgão fiscalizador não faria prova a respeito de tal efeito farmacológico (dependência). Tal conclusão, de dependência, decorre, por óbvio, de estudos e investigações científicas que foram levadas a efeito pelo ente público, e, em qualquer caso, enseja presunção de fé pública daquilo que declarado (o declarante se trata de um órgão público federal em exercício de poder de polícia – Ministério da Saúde). Tal afirmativa e conclusão, no sentido de que o cigarro *é droga e causa dependência*, somente poderia ser derrotada mediante prova concreta em contrário, no que não se reveste o caso dos autos.

Quanto à dita *regularidade* das propagandas veiculadas pela demandada, ao tempo de sua publicação, esclareço que a ausência de tipicidade penal ou observância aos limites de alguma legislação especial (do ponto de vista de publicidade e propaganda), não afasta, de modo algum, eventual ilicitude por abuso ou arbitrariedade frente ao consumidor, em relação ao que inexistente ato jurídico perfeito, direito adquirido ou coisa julgada (não existe enquadramento em qualquer das hipóteses do art. 6º da LIC).



Ainda que, à época, não vigente o CC/2002 e nem o CDC, não se pode dizer que a regularidade com que veiculada a propaganda pudesse afastar eventual direito indenitário (decorrente da omissão ao dever de informar sobre o risco do produto), eis que se trata de questão desvinculada, alheia à licitude do ato de publicidade. Uma coisa uma coisa; outra coisa outra coisa.

Sobre a questão de o risco ser inerente ao produto, como alegado pela demandada, esclareço-lhe que todo produto, defeituoso ou não, viciado ou não, que de alguma forma qualquer implique em risco à saúde do consumidor, detém mácula em sua origem que lhe é, pois, inerente, não havendo distinção, prática ou formal, sobre as espécies de risco. Todo e qualquer risco de essência (de origem, como no caso do cigarro) é inerente ao produto (basicamente, todo e qualquer risco é de essência, de inerência).

O mesmo ocorre com o transporte rodoviário ou aéreo, cujo risco de acidentes e mortes é sempre inerente ao serviço – que, nem por isso, afasta o dever de indenizar por responsabilidade objetiva, independentemente de culpa, como recentemente se verificou nos casos de acidente aéreo no Aeroporto de São Paulo (onde um avião da TAM bateu em uma construção) e no Caso do *jatinho* Legace há quatro anos atrás (onde um jato colidiu com a asa de um avião da Gol, causando-lhe queda em meio à mata Amazônica – caso em que ainda se discute se houve erro dos operadores de tráfego aéreo brasileiros ou se houve erro dos americanos pilotos do Legasse). Em qualquer um destes casos a justiça Brasileira vêm concedendo indenizações aos familiares das vítimas por decorrência de risco inerente, sem que se tenha cogitado da comprovação de culpa, dado à responsabilidade objetiva pelo risco do produto.

O risco, inexoravelmente, é do produto ou do serviço. Assim se dá em qualquer área, seja no mercado tabagista, seja na prestação de serviços aéreos. **As indústrias tabagistas não formam categoria à parte e não se sujeitam a normas distintas (de exceção), senão à Teoria do Risco Criado, de CAIO MÁRIO.**

Com todo o respeito que merece, e que ora recebe, o nobre



Ministro do STJ Luis Felipe Salomão, a quem admiro em sua história de vida e atuação, pessoa de inegável brilho e competência, entendo que sua posição, erigida em REsp/RS 1113804, julgado em 24/04/2010 (do que não consta, ainda, publicação na *internet*), de exclusão do dever de indenizar ao fundamento de que o risco inerente elidiria a responsabilidade para todo e qualquer caso de risco do produto ou do serviço, afronta a todo o ordenamento vigente no país, não apenas à Norma de Defesa e Proteção do Consumidor.

Salvo melhor juízo, o posicionamento do nobre Ministro vai na contra-mão dos Ordenamentos Material e Processual vigentes (regra do artigo 927, § único, do CC/2002 – que fala de risco do produto ou do serviço, por sua natureza, aos direitos de outrem, estendendo os efeitos da lei àqueles riscos de inerência; art. 931, do CC/2002; art. 5º, V, da CF/88), como também da Carta Magna, e esbarra em hipótese de absoluta insegurança jurídica – eis que **abre margem ilimitada à casos de reserva de lei**. Em singelas palavras, vai DE encontro aos preceitos e princípios. Que norteiam no ordenamento jurídico com um todo.

Ora, o risco de inerência, com maior razão, está a atrair a responsabilidade e o dever de indenizar.

E não pode deixar de ser considerado o fato de a demandada admitir, expressamente, que detinha ciência, já em 1964, sobre os malefícios e riscos inerentes ao cigarro. Ela, enquanto indústria dotada de aparato técnico e científico, **estava obrigada, guardados os princípios da boa-fé objetiva e contratual, a ser transparente e advertir a respeito, o que visivelmente e declaradamente não fez** (senão após exigências impostas pelo Ministério da Saúde).

Nesse particular, em atenção aos Princípios da boa-fé objetiva e contratual, que sempre nortearam o direito obrigacional e contratual, lembro que sua aplicação já vinha insculpida em diversos artigos do CC/1916 (art. 622, 968, 221, 490, 491, 546, 549, 935, 1443, 1446, 1404 – e.g.), modo que inafastável a sua aplicação ao caso em concreto (cuja origem remonta ao ano de 1964).

No caso em comento, o fato teve início em 1964, desde quando



a autora do espólio passou a consumir os cigarros produzidos pela demandada. Inicialmente, pois, aplicava-se aos fatos, vigentes até o ano de 1988, a Constituição vigente à época, além do CC de 1916.

A relação de consumo existente entre as partes (demandada e pai das autoras), contudo, segundo alegações dos autos, perdurou até o **óbito** da autora do espólio, **ocorrido em 25/06/2004**, modo que, a partir de 1988, passou a incidir sobre a hipótese dos autos a CRFB então vigente; a partir de 1991, o CDC; e, a partir de 2003, o CC/2002.

Desde o início da relação estabelecida, entretanto, já incidia a Teoria do Risco, conforme SILVIO RODRIGUES apontava em seu 4º volume da Coleção de Direito Civil, tomo da Responsabilidade Civil, 7ª ed., de 1983, p. 11: *A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, **aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano a terceiros, deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua responsabilidade e seu comportamento sejam isentos de culpa.** Examina-se a situação e, se for **verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano** experimentado pela vítima, esta tem direito a ser indenizada por aquele.*

GAUDEMET, ainda no direito francês vigente pelo Código de Napoleão, referia que **toda manifestação de atividade implica um risco, expõe a lesar interesses e cada um deve suportar o risco do dano causado por um fato seu** (in *Théorie Generale des Obligations, apud CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA – Responsabilidade Civil, 6ª ed., Ed. Forense, 1995, p. 267*).

E, entre nós, o precursor foi ALVINO LIMA, na tese apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, **em 1938**, com o título “Da culpa ao risco”, reeditada em 1960 sob o novo título “Culpa e Risco” (*apud CAIO MÁRIO, op cit*).

É inafastável, pois, tanto sob a ótica da boa-fé contratual quanto sob a ótica da teoria do risco (que estão intimamente relacionadas), a incidência, na hipótese dos autos, não apenas o dever de transparência e de advertência sobre os riscos, como, também e especialmente, o dever de reparar danos advindos deste



risco criado ao consumo.

Sob a teoria do risco, **responsável é aquele que, ao escopo de tirar proveito ou lucro da situação e por ato próprio, cria o risco e expõe a danos outrem** (CAIO MÁRIO, *op. cit.*, fl. 270; CAVALIERI FILHO, SÉRGIO, *Programa de Responsabilidade Civil*, 8ª ed., 2009, p. 137; e PABLO STOLZE, *Novo Curso de Direito Civil*, 7ª ed., 2009, p. 136).

Nessa hipótese se enquadra, com perfeição, a demandada, e não pode servir a dificuldade de se enquadrar a ilicitude de seu ato (que nem por isso deixa de ser ilícito) em exceção do dever de reparar o dano a que, invariavelmente, deu causa (dano esse que poderia e deveria ter evitado, mas não o fez).

A Teoria do Risco está consagrada há muitas décadas na jurisprudência pátria, tanto assim que já era prevista no art. 872 (*Aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo*) do Projeto de Código de Obrigações de **1965** (contemporâneo, pois, ao início dos fatos).

Posteriormente, essa Teoria foi paulatinamente reconhecida e recepcionada nas legislações extravagantes que se sucederam (especialmente em relação à responsabilidade objetiva do estado; dos pais pelos filhos ou animais; pelo dano ao meio ambiente e pelo empregador frente ao risco do trabalho, e.g.: Dec. n. 2681/1912; Lei 5.316/67; Dec. n. 61784/67; Lei 8213/91; Lei 6194/74; Lei 6938/81 e por aí segue), culminando-se a sua consagração com o parágrafo único do art. 927 do CC/2002.

A **Teoria do Risco**, especialmente o **inerente ao fato ou produto**, enfim, **está há tempos consagrada pelo STJ**, como, a exemplo, em brilhante voto da lavra da Excelentíssima Ministra Nancy Andrighi, no REsp n. 401397/SP, publicado em 09/09/2002, cuja ementa é a que segue:

Recurso Especial. Ação indenizatória. Transporte Aéreo. Atraso em voo c/c



adiamento de viagem. Responsabilidade Civil. Hipóteses de exclusão. Caso Fortuito ou Força Maior. Pássaros. Sucção pela turbina de avião.

- A responsabilização do transportador aéreo pelos danos causados a passageiros por atraso em voo e adiamento da viagem programada, ainda que considerada objetiva, não é infensa às excludentes de responsabilidade civil.

- As **avarias provocadas em turbinas de aviões, pelo tragamento de urubus, constituem-se em fato corriqueiro no Brasil, ao qual não se pode atribuir a nota de imprevisibilidade marcante do caso fortuito.**

- É dever de toda companhia aérea não só transportar o passageiro como levá-lo incólume ao destino. Se a aeronave é avariada pela sucção de grandes pássaros, impõe a cautela seja o maquinário revisto e os passageiros remanejados para voos alternos em outras companhias. O atraso por si só decorrente desta operação impõe a **responsabilização da empresa aérea, nos termos da atividade de risco que oferece.** GRIFEI.

Voltando ao caso em concreto, é preciso registrar que a demandada admite expressamente que detinha ciência, desde sempre (inclusive, pois, na época dos fatos aqui sob discussão), acerca dos malefícios e riscos causados pelo cigarro (produto por ela fabricado ao escopo de garantir lucratividade); bem como de que apenas passou a alertar a população a respeito quando tal lhe foi imposto pelo Ministério da Saúde, já no ano de 1988 – fato esse que não depende da produção de prova, na forma do art. 334, II, do CPC.

Resta clara a ilicitude, agora, configurada na **proposital omissão da demandada frente ao dever de informar**, certamente escorada na intensão de obter lucros maiores ante o desconhecimento da sociedade e dos consumidores.

Nesse aspecto, SANTIAGO DANTAS, *apud* CAVALIERI FILHO, SÉRGIO, *Programa de Responsabilidade Civil*, 8ª ed., p. 9, conceitua: **O ato ilícito é a transgressão de um dever jurídico.** E o dever *jurídico* (e não legal, porque o legal decorre de lei e de regras materializadas, e o jurídico decorre de norma que pode ser principiológica e moral) afrontado no caso em específico foi o de guardar boa-fé



e, conseqüentemente, ser transparente e advertir acerca dos riscos à vida e à saúde.

Seria, então, dispensável o cotejo da norma especial (CDC) ao caso em específico para apurar-se o dever de indenizar, eis que simplesmente com base na velha e conhecida Teoria do Risco já se poderia chamar ao dever de indenizar. Ainda assim, é necessária a compreensão de que o dano à saúde, relativamente à saúde física pessoal da autora, apenas se tornou evidente a partir de 2002 (vide documentos dos autos e manifestação do perito), desde quando já vigente e aplicável o CDC, eis que balizador da relação estabelecida e mantida entre o pai das autoras e a empresa demandada.

E há precedentes de nosso TJRS, que perfilho, a respeito da incidência do CDC mesmo a fatos pretéritos a sua vigência - eis que se trata de norma cogente, dado ao seu caráter público, e intemporal (Apelação Cível Nº 70016845349, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 12/12/2007).

E, no mesmo sentido, vale citar:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. VÍCIO DE FUMAR. RESPONSABILIZAÇÃO DA COMPANHIA PRODUTORA DO CIGARRO. PRESSUPOSTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL INDEMONSTRADO. Por evidente que **a empresa que fabrica cigarros, apesar de atuar dentro da lei vigente, não se exime, pela teoria do risco, dos efeitos indesejados que seus produtos causarem a determinados indivíduos, máxime à luz do CDC, cujas normas de ordem pública, atingem os fatos ainda não consolidados antes da sua vigência**. Por outro lado, a pretensão fulcrada no alegado defeito do produto (cigarro) não dispensa a demonstração da existência do dano e do nexa causal, pressupostos da responsabilidade de indenizar, o que aqui não se verificou. Já as cópias reprográficas acostadas com as razões de apelo, em nada influenciarão o julgamento, não representando, portanto, qualquer prejuízo à parte adversa a recomendar o desentranhamento. APELO IMPROVIDO. PRELIMINAR AFASTADA. (Apelação Cível Nº 70013363718, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator:



Luiz Ary Vessini de Lima, Julgado em 06/04/2006). GRIFEI.

Conclui-se, enfim, que, ainda que dispensável a sua incidência, para fins de solução da questão (prática, ou não, de ato ilícito do ponto de vista cível), é inevitável que o CDC e suas normas especiais regulem a questão de fato aqui posta, conquanto se trata de lei imperativa, cogente, intemporal, e o direito salvaguardado é indisponível (vida e saúde). Aliás, não é à toa que o Código é de PROTEÇÃO e Defesa do Consumidor.

Assim, e tendo-se por notório o fato de que **as propagandas à época divulgadas (década de 1960) careciam em absoluto de informação ou advertência acerca dos riscos inerentes ao produto** (modo que dispensada a produção de provas a respeito, na forma do art. 334,I, do CPC), está configurado o excesso ou abuso no exercício do direito de marketing/publicidade.

Mas, mesmo consideradas as propagandas atuais, entendo que é caso de responsabilidade, como venho dizendo, justamente pela aplicação da Teoria do Risco.

E, não se olvide, não seria a licitude da atividade desenvolvida pela demandada, ou mesmo a licitude da propaganda veiculada, que serviriam ao condão de elidir a responsabilidade pelo excesso praticado quando do exercício daqueles direitos (de publicitar e de comercializar).

Sobre a inexistência de informações sobre os riscos à época em que o pai das autora começou a fumar; sobre o excesso no exercício do direito de publicidade; e sobre a suscitada concorrência culposa do fumante ou consumidor dos cigarros produzidos pela demandada, cabe ser citado, também, o profícuo e muito bem lançado voto de MARA LARSEN CHECHI, cujas palavras faço minhas:

(...)

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 consanguíneo 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 Nº 70004812558, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mara Larsen Chechi, Julgado em 13/10/2004)

E, ainda:



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 (bystanders)**, inclusive a dependência química e psíquica, não há qualquer dúvida de que, **quem fabricou e comercializou, criou conscientemente o risco do resultado, razão pela qual tinha e tem a obrigação de impedi-lo. Omitindo-se flagrantemente nesse mister, não há dúvida de que está caracterizada a sua culpa por omissão** e, no caso, pelo resultado morte da vítima Eduardo. É a situação caracterizada de omissão na ação a que se aludiu. (grifo nosso)

Ora, **não há dúvida que a atividade da ré é lícita, mas também não há dúvida de que ela sempre soube e sempre teve plena consciência, desde o princípio, há muitos anos atrás, que o cigarro vicia e causa câncer**. 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, aos lindes do dolo, como revelaram os arquivos secretos já referidos. **É verdade que não se pode dizer que havia dolo na causação ou objetivação do prejuízo, de modo que aí houve sim apenas culpa, mas não se pode deixar de reconhecer que, na omissão quanto a evitar e prevenir a dependência química e psíquica e demais malefícios do cigarro, está caracteriza situação que chega aos limites do dolo, precisamente pela ocultação desses fatos e pela estratégia de propaganda que sempre passou mensagem omissa, enganosa, massificante, cooptante e aliciante**. (grifo nosso)

(...)

Todavia, se se entender, como entendo, que o Direito ou a ordem jurídica é um sistema e não se esgota na simples letra fria da lei positiva posta pelo Estado; se se entender que além da lei existem os princípios gerais de direito, entre eles aqueles antes mencionados; e se se entender que a ordem jurídica, os princípios gerais de direito, assim como os valores superiores da justiça, 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, então **não há como se deixar de concluir que, o fabricante e o comerciante de tal produto, têm efetiva e concreta responsabilidade pelos danos e consequências maléficas causadas pelo produto,** responsabilidade essa que é reforçada, no caso particular, especialmente por outro elemento, que é a altíssima lucratividade como característica peculiar da atividade. (TJRS – AC nº 70000144626 – Nona Câmara Cível – Rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano – J. em 29/10/2003). GRIFEI.

Superada a questão da legislação e das normas e Princípios aplicáveis ao caso dos autos, resta vencer ainda alguns argumentos da demandada que, embora pueris, seu enfrentamento racional servirá ao resguardo do direito invocado.

Note-se que, voltando ao tópico do risco do produto, releva sinalar que o risco aqui sob foco (a que expõe o cigarro) não é um risco qualquer e tampouco é um risco tolerado pelo ordenamento Pátrio: se trata de um risco que expõe direitos indisponíveis e afeta interesses coletivos e públicos (a incolumidade do dever de transparência e do dever de manter-se a boa-fé contratual e social, e a incolumidade da saúde pública e do direito à vida). De forma que **o risco a que expõe o produto comercializado pela demandada não é aceitável ou tolerável e não está, repito, à margem da legislação vigente.** Bem ao contrário, o risco é grave e digno de repressão séria, exigindo reta e prudente condenação que atenda aos devidos fins pedagógicos a que o caso reclama.

Não se está a falar de segurança absoluta do produto, por óbvio, mas de uma segurança mínima, que estava e está ao alcance da demandada, de cujo dever de cautela se omitiu e vêm se omitindo.

E, mesmo que não fosse o caso de a demandada estar se omitindo frente ao risco (o que definitivamente não é o caso dos autos), ainda que fosse cautelosa e prudente no sentido de advertir à sociedade sobre os riscos e malefícios do cigarro, AINDA ASSIM não se afastaria o seu dever de indenizar e responder frente aos danos causados, eis que decorridos de ato seu, erigido em



atividade mercantil destinada a obtenção de lucros fáceis.

A omissão ou falta em relação ao dever de cuidado serve apenas para agravar a ilicitude do ato e chama, com muito mais razão, ao dever de indenizar.

No caso em específico, em que a vítima tenha iniciado o tabagismo em meados da década de 60, o vício do produto esteve oculto, eis que nenhuma informação lhe foi passada a respeito de qualquer risco atrelado ao cigarro (como os de vício e dependência e de malefícios outros à saúde) àquela época.

As propagandas da época nada alertavam a respeito, outrossim **induziam à crença** (razoável para a sociedade e os costumes da época) **de que o cigarro era indicativo de requinte, charme, sedução e, acima de tudo, de saúde.**

Desponta nítido, pois, que a participação inicial do falecido não foi preponderante ao desencadeamento do vício ou do hábito de fumar. O que se constituiu em uma inicial liberalidade esteve maculada por uma série de informações tendenciosas e falsas, que foram passadas pelo marketing das indústrias tabagistas. E o vício não decorreu dessa liberalidade inicial, mas do defeito do produto e da falta de alarde a respeito.

E não se ignora decisão do STJ (Resp nº 886.347 – RS) no sentido de conferir afastamento de responsabilidade de indústria fumageira, ao argumento do exercício, pelo fumante, do livre-arbítrio ('fumou porque quis'). Contudo, a reflexão racional neste sentido é meia verdade apenas, e, como qualquer meia verdade, é mentira inteira.

Ora, mesmo que se admita que quem comece a fumar o faça por livre vontade, não se pode esquecer de que há substâncias químicas viciantes no cigarro, que levam à dependência, da qual não se afasta pelo simples 'livre-arbítrio'. Tratamentos rigorosos, não disponibilizados aos interessados, seriam necessários.

Volto a gizar, porém, que, mesmo que tenha sido por livre arbítrio, mesmo que seja lícita a produção de cigarros, mesmo que na propaganda



tivesse feita a devida advertência, mesmo que o fumante soubesse que corria riscos, MESMO ASSIM, existe responsabilidade da empresa fumageira, pela vigência da Teoria do Risco criado ou assumido (se da sua atividade lucrativa resulta risco de causar dano, responde por isso – é elementar no ordenamento jurídico brasileiro).

Quando muito, a ocorrência de fatores concorrentes entre o risco criado ou assumido e o ato de fumar serviriam unicamente para amenizar a intensidade de eventual responsabilização.

Pois, enfim, a moléstia que acometeu o pai das autoras está necessariamente vinculada ao tabaco, como descreveu e concluiu o laudo pericial.

Assim, estabelecida a relação entre a moléstia e o hábito de fumar, resta enfrentar-se as questões da existência do dano alegado e da configuração do nexo causal.

E é necessário mencionar que a requerida não demonstrou que o falecido tenha consumido outras marcas de cigarro, além daquela fabricada pela sua empresa, não cumprindo, portanto, a incumbência que lhe foi determinada pela inversão do ônus da prova.

De qualquer forma, ainda que tivesse logrado êxito na demonstração desse fato – o que não ocorreu – não seria a demandada socorrida pela exclusão da responsabilidade, uma vez que a procedência daquele argumento geraria apenas o efeito de chamar à responsabilidade a indústria fabricante do cigarro de outra marca.

Isso porque, em face da **doutrina da solidariedade na causalidade alternativa** – que é compreendida no interesse da tutela do lesado – a impossibilidade de exata identificação do agente causador do dano não afasta a responsabilidade; antes, pelo contrário, tem o condão de **projetar os efeitos da solidariedade a todos aqueles que tenham potencialmente contribuído para o evento danoso**.

Logo, **se o de cujus fumou cigarros de uma marca, ou de várias, pouco importa**. A responsabilidade se fará presente em ambos os casos, com a tênue diferença de que, na primeira hipótese, será suportada exclusivamente



pela empresa identificada, e na segunda, será repartida solidariamente entre todos.

Pois bem.

Atualmente é cediço que as empresas fumageiras em geral sempre tiveram plena consciência dos males provocados pelo consumo de cigarros. Não obstante ter conhecimento de todos os efeitos nocivos acarretados pelo fumo, continuaram (e continuam) buscando mecanismos para ampliar o mercado consumidor de seu produto, através de propagandas que associam o tabaco a imagens de beleza, sucesso, poder, inteligência, dentre outras características almejadas por todas as pessoas.

Nos Estados Unidos da América do Norte, uma ação promovida por estados membros contra grandes empresas de cigarro, trouxe à tona os arquivos secretos dessas indústrias (disponível em http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=atento&link=arquivos_secretos.pdf, segundo visita datada de 21/06/2010), que demonstram, por um lado, o posicionamento público dessas empresas, que revela sua intenção de enganar o público para angariar cada vez mais consumidores, e, por outro lado, seu real posicionamento, consciente de todos os efeitos maléficos causados pelo fumo.

De fato, atualmente, não existe dúvida sobre os efeitos prejudiciais do consumo de cigarros, que são amplamente divulgados, combatendo-se ostensivamente o hábito tabagista.

No entanto, não se pode perder de vista que o pai das autoras começou a fumar quando contava com 17 anos de idade, ou seja, seu primeiro cigarro foi consumido no ano de 1969, período em que, repito, não havia, como existe hoje, a divulgação e notoriedade dos efeitos repercutidos pelo consumo de tabaco (embora esses efeitos já fossem conhecidos pelas indústrias fumageiras, conforme documento supracitado), o que se iniciou principalmente em 1996, com a edição da Lei 9.294, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, entre outros, regulamentando o art. 220, § 4º da Constituição Federal.

A despeito de todo o conhecimento acerca dos distúrbios causados à saúde, as indústrias tabagistas, em especial a ora demandada, continuaram exercendo sua atividade, inquestionavelmente lícita, é verdade,



contudo sem qualquer preocupação em divulgar tais consequências.

Ao contrário, verifica-se um investimento maciço em propagandas publicitárias para incentivar o consumo de cigarros, dirigidas especialmente aos jovens, como no caso da autora, que, conforme já mencionado, tinha 15 (quinze) anos quando fumou seu primeiro cigarro.

Nesse sentido, cabe reproduzir trechos de artigos publicados no site do Instituto Nacional do Câncer (<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=jovem&link=namira.htm>, mediante consulta datada de 21/06/2010):

*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 ideias 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**". (grifo nosso)*

*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 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. (grifo nosso)

Observe-se que, além de todos esses investimentos para captar consumidores, as indústrias fumageiras tentam criar mecanismos para diminuir o impacto causado pelas consequências associadas ao vício tabagista, como no caso da demandada, que pretendeu distribuir selos para os seus consumidores, a fim de que estes pudessem encobrir as desagradáveis imagens impressas no verso das carteiras de cigarro.

Contudo, tal medida não foi autorizada:

“A Souza Cruz acaba de perder mais uma batalha para a Anvisa. A Justiça negou o direito de continuar distribuindo etiquetas de visual lustroso aos clientes. Tratava-se de uma esperteza. Aplicado no maço, o mimo que a empresa ofertava escondia aquelas imagens horrendas que o Ministério da Saúde inventou para assustar a turma da fumaça” (Fonte: Revista Veja – 07/07/2004).

Conclui-se, portanto, que a requerida incentiva a desinformação e projeta aos seus consumidores mensagens subliminares, como no caso acima, em que pretende esconder as chocantes imagens inseridas nos maços de cigarro, mediante a distribuição de etiquetas, como se essa medida fosse capaz de imunizar os fumantes de qualquer malefício que pode ser causado a sua saúde.

Enfim, é inquestionável o fato de que o cigarro provoca uma série de problemas à saúde, o que já era conhecido pela demandada e por outras empresas fumageiras há várias décadas, muito antes de se iniciar a divulgação dessas informações.

Assim, não há que se falar em opção livre, nem mesmo com relação aos primeiros cigarros, especialmente com os jovens, pois desde o surgimento das indústrias fumageiras sempre houve a demonstrada propaganda apelativa e tendenciosa ao engano.

Pois, verificado o fato (origem da doença) e a ilicitude do ponto de vista Cível, cumpre estabelecer o nexo causal.



Constatado o dano e o nexo de causalidade, passa-se ao exame da culpa.

Na época dos fatos, vigia o Código Civil de 1916, que estabelecia:

“Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Percebe-se que o direito brasileiro contempla duas hipóteses de configuração da culpa: a ação ou omissão.

A demandada sempre soube que a composição do tabaco contém uma série de componentes que ocasionam a dependência química e psíquica dos seus usuários e inúmeras doenças resultantes do uso continuado do produto, criando, com a colocação destes no mercado, o risco do resultado; e tendo, portanto, a obrigação de impedi-lo.

Omitindo-se e atuando de forma negligente, responde na modalidade de culpa por omissão, e, no presente caso, pela moléstia desenvolvida pela requerente – sem se afastar sua responsabilidade decorrente da culpa por ação: ação de expor à risco o mercado de consumo, em razão dos malefícios do produto disponibilizado/produzido.

Importante mencionar a improcedência da alegação referente à culpa concorrente ou exclusiva da vítima, principalmente se considerarmos (como já referido) a demasiada publicidade promovida pela requerida, bem como a dependência química e psíquica causada pelo consumo de cigarros. Mas, mesmo que houvesse essa 'culpa concorrente' do fumante (que foi fumar porque quis), volto a gizar, essa não afastaria a responsabilidade pelo risco da atividade que a requerida optou em desenvolver.

Passo à fixação à verificação do dano e ao arbitramento da indenização.



No caso em específico, as autoras requerem indenização por dano próprio, em razão do abalo moral sofrido quando da degeneração da saúde do pai, seu único provedor, eis que já eram à época órfãs de mãe, e ainda restaram responsáveis pelos cuidados com o pai doente. Referem que possuíam 19 e 25 anos na data do óbito, o que representa 17 e 23 anos quando da descoberta do câncer; afirmam ter ocorrido alteração nas despesas domésticas; e abalo psicológico que demandou acompanhamento psicológico e psiquiátrico.

Pois, considerando-se a idade das autoras à época dos fatos, bem como a repercussão da debilidade paterna, que imprimiu-lhes responsabilidades prematuramente com os cuidados à sua figura; considerando ainda que a doença impingiu ao seu pai uma condição de aleijão, deformando-lhe a face e inibindo-lhe funções básicas, como as da fala e da alimentação (foram retirados sete dentes de sua boca, e ainda houve extração de parte da língua e das cordas vocais); considerando que essas deformação e debilidade repercutiram sobre a moral das filhas e aqui autoras, **entendo haja dano extra-patrimonial causado pela demandada que reclame reparação.**

E, ainda que a morte do pai tenha ocorrido prematuramente (aos 52 anos), entendo que não é essa a causa do abalo moral, eis que a morte, em si, é um advento final a que todos estamos submetidos, independentemente dos fatores que nos expomos (até mesmo o ato de atravessar a rua nos coloca em risco, o que se leva supor que estar vivo e viver normalmente já é uma condição de risco).

A questão mais relevante para a consideração do abalo é a ruptura do convívio familiar em suas condições usuais, eis que a moléstia, dado a sua gravidade e as suas sequelas, angariou condições de abalar o orçamento doméstico, e, acima de tudo, redundou em aflição e responsabilização excessiva das filhas (guardiãs e responsáveis pelo pai), com os intensos cuidados deferidos, entre idas e vindas ao hospital, entre todos os cuidados desferidos no lar, entre tanto acompanhamentos a médicos e hospitais etc.

E não se pode deixar de registrar que a aleijão paterna por demais deve ter condoído as autoras, que, como demonstram documentalmente, necessitaram submeter-se a tratamento psicológico e psiquiátrico.

Com certeza não se pode responsabilizar a doença como causa



de todos os fracassos e insucessos de suas vidas (reprovação na OAB, trancamento da faculdade etc). Isso não, mesmo porque as próprias autoras devem se conscientizar de que o sucesso de seus atos depende de sua coerência e perspicácia, e que adversidades existem para serem superadas.

Contudo, a situação degradante a que a atividade empresarial da requerida expôs o núcleo familiar, ainda que não seja causa dos fracassos pessoais e profissionais das partes autoras, é, de outro lado, causa de indevido abalo sentimental, no que se configura o dano moral que deve ser compensado.

Resta, então, arbitrar-se o valor desta indenização.

Quando se cuida do dano moral, a indenização tem caráter dúplice: ao mesmo tempo em que objetiva punir o causador do dano pela ofensa que praticou, visa compensar a vítima pelo mal sofrido.

No ordenamento jurídico pátrio há controvérsia doutrinária e jurisprudencial quanto aos critérios para fixação do 'quantum' indenizatório para ressarcimento dos danos morais decorrentes da responsabilidade civil, posto não haver dispositivos legais específicos.

(...)

*e acordo com a chamada Teoria do Desestímulo, em síntese, **o valor da indenização por danos morais não pode nem deve enriquecer ilícitamente o ofendido, mas há que ser suficientemente elevada para servir de desestímulo a novas agressões.** (CRAVO, Roldenry. Fixação do quantum indenizatório nas ações por danos morais. In: Revista Jurídica Consulex, ano VIII, nº 189, dez/2004, p. 30) (GRIFO NOSSO)*

Com efeito, tem relevância não apenas a análise da intensidade do sofrimento econômico causado, para se estimar o valor a se indenizar, mas também a capacidade financeira da infratora, para que se arbitre um valor suficientemente capaz de prevenir ocorrência de nova conduta idêntica.

Em outras palavras, em relação ao valor indenizável, pesa certificar que há de ser fixado em consonância com o poderio econômico da requerida, para que não perca o seu caráter de sanção, vez que a pena deve sempre trazer uma desvantagem maior que a vantagem auferida pelo ilícito, para



que exerça a prevenção sobre o ato danoso (Teoria de Prevenção).

Além disso, o quantum indenizatório também deverá observar critérios de razoabilidade e proporcionalidade, assim como as circunstâncias definidoras do caso concreto.

A empresa demandada possui imenso porte econômico, sendo

um dos cinco maiores grupos privados brasileiros, subsidiária do grupo British American Tobacco, o segundo maior do mundo no mercado de tabaco, com operações em cerca de 180 países. (Jornal Tribuna Catarinense, ed. n. 801 de 23/05/2006, na matéria sob título: Cargas da Souza Cruz são campeãs em assaltos)

Verificado o comprometimento da integridade psíquica e psicológica das autoras, ocasionado pela enfermidade de seu pai, que decorre diretamente do consumo de cigarros, a qual a levou ao feticimento, deve a empresa demandada ser responsabilizada, em razão de todos os argumentos lançados nesta decisão, fixando-se a indenização em R\$70.000,00 (setenta mil Reais) para cada uma das co-autoras (R\$ 140.000,00 no todo), a ser corrigido monetariamente pelo maior índice oficial que se verificar.

Os juros de mora são de 1% ao mês, desde a data do fato (primeira internação de seu pai).

Quanto aos danos materiais, devem ser igualmente ressarcidos, mediante indenização dos valores já despendidos e que venham a se fazer necessários com o tratamento psicológico e psiquiátrico das autoras, a ser apurado em liquidação de sentença.

Tais despesas, por ocasião da liquidação, deverão ser corrigidas pelo maior índice oficial que se verificar, desde cada desembolso, e acrescidas de juros de mora de 1% ao mês, desde a data do fato (data da primeira internação da autora).

3.0) DISPOSITIVO:



ISSO POSTO, julgo procedente o pedido formulado pelo GISELE VIDOR CAUDURO e CLAUDIA VIDOR CAUDURO, nos autos da Ação Indenizatória, que moveu em face da SOUZA CRUZ S/A, para condenar esta a pagar às autoras:

– a título de **indenização por danos morais**, o valor de R\$ 140.000,00 (cento e quarenta mil Reais), a ser dividido igualmente entre as autoras (R\$ 70.000,00 para cada uma), corrigido pelo maior índice de correção monetária que se verificar, desde a prolação desta sentença, e acrescido de juros de mora a contar do evento danoso (Súmula 54 do STJ), considerando-se, para esse fim, a data da primeira internação do pai das autoras, correspondentes a 6% a.a. até a entrada em vigor da Lei 10.406/02 e, a partir desta, a 12% a.a.

– a título de **indenização por danos materiais**, o valor de todas as despesas com tratamento psicológico e psiquiátrico das autoras (vencidos ou futuros), devidamente corrigidos pelo maior índice de correção monetária que se verificar, verificado mês a mês (possível a utilização de índices diferentes para meses diferentes), desde a data de cada desembolso, e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, desde a data da primeira internação – a ser apurado em liquidação de sentença.

Em face da sucumbência, condeno a demandada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios ao patrono da requerente, fixados estes em 20% sobre o valor total da soma da condenação atualizada, conforme o disposto no art. 20, § 3º do Código de Processo Civil.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Porto Alegre, 29 de junho de 2010.

MAURO CAUM GONÇALVES,

Juiz de Direito - 3ª Vara Cível, 1º Juizado