

**OITAVA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Apelação cível nº. 0000051-90.2002.8.19.0210

Apelante 1: Cláudio Rodrigues Bernhardt

Apelante 2: Philip Morris Brasil S.A

Apelado: os mesmos

Relatora: Desembargadora Mônica Maria Costa

**APELAÇÃO CÍVEL.
RESPONSABILIDADE CIVIL.
INDENIZAÇÃO PELO USO DO TABACO.**

1. Demanda decorrente do uso continuado de tabaco, o qual teria ocasionado a morte da esposa do autor, usuária do produto desde o ano de 1965, durante trinta e cinco anos de sua existência, vindo a ser vitimada por câncer de cavidade oral com metástase cervical.

2. Agravo retido rejeitado. Questão atinente a prova que se encontra preclusa. Inexistência de ilegalidade na atuação do magistrado ao requerer que a perita por este nomeada lhe esclarecesse questões que guardam respeito com a matéria abordada.

3. Preliminares afastadas. Ausência de nulidade da sentença que não se apoiou em elementos fáticos estranhos ao processo a fim de servir de condenação ao réu, mas apenas mencionou precedentes existentes sobre o tema, em abono a tese adotada, estando a decisão motivada segundo a prova produzida nos autos. Informações trazidas que não podem ser capazes de surpreender as partes, porquanto

disseminadas por todos os veículos de comunicação

4. Usuária que iniciou o consumo de cigarros nos idos de 1965, sob o pálio do Código Civil de 1916, abarcando, dessa forma, períodos anteriores ao Estatuto de Defesa do Consumidor assim como as legislações esparsas restritivas. Necessidade de observância dos valores que permearam todo o período da relação contratual.

5. Somente em 11.03.1991, com a entrada em vigor da Lei nº. 8.078/90, as relações de consumo passaram a merecer tratamento específico, incidindo automaticamente sobre as relações jurídicas em curso.

6. Apesar de no ordenamento jurídico vigente à época não existir qualquer comando legal impondo ao fornecedor de produtos e serviços informar sobre os riscos e malefícios daquilo que inseria no mercado de consumo, existem outros vetores axiológicos que não podem ser desprezados pelo julgador.

7. Os princípios da boa-fé e da lealdade contratual devem ser erigidos a condição de cláusula geral composta de conteúdo normativo, espraiada por todo o ordenamento jurídico e delineando todas as relações individuais e negociais.

8. Omissão da indústria fumígena quanto ao aspecto viciante do cigarro, considerando a nicotina que lhe compõe, sendo incentivado seu consumo mediante veiculação de propaganda enganosa, na maioria das vezes associadas à pessoas sadias e praticante de esportes, silenciando-se,

furtivamente, a respeito do inquestionável fator de risco à saúde.

9. A aplicação do princípio da legalidade não pode ser interpretado de forma dissociada daqueles outros que regem a ordem constitucional vigentes, assim como sua concepção teleológica.

10. A aviltante licitude da atividade de cultivo, industrialização e comercialização do fumo não pode afastar a responsabilização pelos danos causados pelo consumo de produto, assim como ocorre com qualquer bem comercializado no mercado.

11. A partir da época em que a vítima iniciou o hábito de fumar, os malefícios do cigarro não eram difundidos pelas empresas de cigarros, assim como pelos órgãos públicos, tratando-se, pois, de riscos desconhecidos pelo consumidor, que somente fora descoberto posteriormente, de forma a violar a legítima expectativa do usuário sobre o consumo seguro do produto.

12. Vítima que era adicta e mesmo na fase final, com dores e dificuldades de deglutição, continuava a fumar, característica da perda de vontade sobre sua dependência do cigarro.

13. Consumo de cigarros pela vítima por longos anos e doença desenvolvida pela mesma que se encontram na linha de causa eficiente e adequada de sua morte, não tendo o réu produzido qualquer outra prova em sentido diverso.

14. A morte de um companheiro ou pai é uma fonte de inesgotável dor, angústia e sofrimento daqueles que conviviam com o membro da família, mormente quando o falecimento vem acompanhado de longo e gradativo período de

degradação física e psíquica, não sendo necessário exigir-se destes a prova do sofrimento. Cabível, portanto, a indenização estabelecida em favor do autor.

15. Necessidade de majoração da verba arbitrada para R\$100.000,00 (cem mil reais), considerando-se a lógica do razoável, a finalidade da condenação e levando-se em conta a capacidades sócio-econômica das partes.

16. Provimento do primeiro recurso (autor) e desprovimento do segundo apelo (réu).

Vistos, relatados e discutidos os autos de apelação cível nº. **000051-90.2002.8.19.0210**, em que são apelantes **Cláudio Rodrigues Bernhardt (primeiro apelante) e Philip Morris Brasil S.A (segundo recorrente)** e apelados os mesmos.

Acordam os Desembargadores que integram a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **por unanimidade, em rejeitar o agravo retido interposto pelo réu e (segundo apelante) e, por maioria de votos, em dar provimento ao primeiro recurso (Cláudio Rodrigues Bernhardt) e negar provimento ao segundo apelo (Philip Morris Brasil S.A).**

VOTO

Cláudio Rodrigues Bernhardt ajuizou ação indenizatória, pelo rito ordinário, em face de Philip Morris Brasil S.A. Relata que é viúvo da Sra. Letícia D' Ávila Bernhardt, falecida em 14.11.2001, em decorrência do uso continuado do tabaco, pois era fumante dos cigarros "Luxor", cujo vício lhe causou seqüelas irreversíveis, provocando sua morte. Prossegue aduzindo que a falecida era corretora de seguros autônoma e percebia mensal e aproximadamente a quantia de R\$842,00 (oitocentos e quarenta e dois reais), a título de comissões. Pontua que a Sra. Letícia fumava, usualmente, dois maços de cigarro por dia, apresentando os primeiros sintomas da doença em agosto de 2000, vindo a falecer

com quadro de câncer em estágio avançado (metástase), que se espalhou por todo seu organismo. Ressalta que, em razão da saúde debilitada de sua esposa, não pôde a mesma exercer seu labor e assim colaborar com as despesas da casa, uma vez que possuem um filho em comum e sua renda é insuficiente para arcar com todos os custos. Assinala que a Sra. Letícia estava proibida de fumar, por orientação médica, entretanto, o vício não lhe permitiu parar, mesmo ciente que sua vida estava seriamente ameaçada pelo consumo do tabaco. Acrescenta que a mesma percorreu uma verdadeira *via crucis*, sendo submetida a inúmeros exames e sucessivas sessões de quimioterapia na busca de sua cura, o que não foi possível. Afirma que, em parecer definitivo, o médico que assistia sua esposa diagnosticou que seu falecimento foi causado por tumor de cavidade oral com metástase cervical. Pede: i) a condenação da empresa ré ao pagamento de pensão, referente a 2/3 do valor da renda mensal da falecida, equivalente ao montante de R\$561,33 (quinhentos e sessenta e um reais e trinta e três centavos); ii) a condenação da ré ao pagamento da quantia de R\$ 6.735,96 (seis mil, setecentos e trinta e cinco reais e noventa e seis centavos), referente às parcelas que deixou de receber, desde a data do falecimento de sua esposa, equivalentes a doze meses de pensionamento; iii) seja a ré condenada a pagar novecentos salários mínimos, em razão dos danos morais experimentados; iv) seja a ré condenada ao pagamento do valor de R\$ 169.190,00 (cento e sessenta e nove mil, cento e noventa reais), a título de pensionamento vincendo, conforme a expectativa de vida de sessenta e cinco anos, uma vez que sua esposa faleceu com cinquenta anos, restando-lhe, no mínimo, quinze anos de vida útil para exercer sua profissão e participar das despesas em comum; v) juros legais compensatórios, na forma do art.1544, do CC.

A gratuidade de justiça foi deferida a f.152.

A contestação foi apresentada a fls.168/199. Inicialmente, afirma que se constitui uma empresa séria e engajada em diversos projetos de auxílio à população menos favorecida, contribuindo na geração de empregos diretos e indiretos em todas as atividades relacionadas ao cultivo e comércio de tabaco. No mérito, defende a impossibilidade de aplicação retroativa do novo Código Civil. Destaca o amplo e notório conhecimento dos riscos associados ao consumo de cigarros e a conseqüente responsabilidade pessoal do fumante. Pontua que, no Estado do Rio

de Janeiro, onde o autor residia com sua esposa, os movimentos contra o tabagismo remontam aos anos 50/60, quando a imprensa escrita passou a dar maior destaque aos malefícios associados a esse hábito. Sobreleva que o governo brasileiro, desde a instituição da república, vem propondo uma tributação diferenciada ao tabaco, como forma de compensação dos riscos que esse produto causa à saúde. Assevera que a esposa do autor tinha conhecimento de que fumar fazia mal e ainda assim optou por fazê-lo, no exercício de seu livre arbítrio. Esclarece que a nicotina não retira do fumante a capacidade de abandonar o hábito de fumar, o que depende da motivação do indivíduo. Afirma a ocorrência de excludente de responsabilidade, consistente em culpa exclusiva do consumidor. Assinala que o comércio lícito de produtos de risco inerente não induz à responsabilização civil, destacando a ausência de defeito no produto. Aborda a questão da inexistência de enganabilidade e/ou abusividade no material publicitário da ré, salientando que a propaganda realizada não motiva as pessoas a fumar. Alega ausência de nexo causal entre a doença alegada e o consumo de cigarros, requerendo a expedição de ofícios aos locais indicados na peça de defesa, para que forneçam o histórico médico e documentos a ele relacionados. Impugna, especificamente, os pedidos formulados pelo autor.

A decisão saneadora foi proferida a fls.1186 e verso.

Laudo pericial acostado a fls.1569/1577.

Agravo retido interposto pelo réu a fls.1691/1696, contra a decisão de fls.1617/1618, que fixou como ponto controvertido a aplicação ou não do novo Código Civil, dentro do que se convencionou denominar “diálogo de legislações” com o Código de Defesa de Proteção do Consumidor, a alegação de culpa exclusiva do consumidor, a ocorrência de publicidade enganosa ou abusiva e o impacto dos precedentes da justiça norte-americana no julgamento em comento.

Foram apresentadas contra-razões a fls.1706/1708.

Em audiência de instrução e julgamento, foi colhida prova oral (fls.1711/1713).

A sentença de fls.1730/1736 julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a ré ao pagamento, a título de indenização por dano moral, da quantia de R\$ 13.000,00 (treze mil reais), acrescida de juros de mora de 0,5 % ao mês desde a citação e correção monetária a partir desta data, declarando, conseqüentemente, resolvido o mérito, nos termos do art. 269, I do Código de Processo Civil. Condenou, ainda, o réu ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, em favor do CEJUR/DPGE. Fundamentou o julgador que, no tempo em que a Sra. Letícia iniciou a dependência do produto, a ré não fazia qualquer advertência sobre os malefícios causados à saúde e o perigo da dependência que o seu produto poderia causar. Ressaltou que a ré só o fez quando obrigada pelas normas de saúde de diversos países, mas não de forma voluntária. Pontuou que, ao tempo em que a esposa do autor começou a fumar, inexistia qualquer obrigação no sentido de que prestasse informação quanto aos riscos do consumo do cigarro, que só foi surgir em 1988, com a promulgação da Constituição Federal (artigo 220, § 3º), a que se seguiram atos normativos do Ministério de Saúde sobre o tema (Portaria nº 490/88), e as Leis 8.078/90 e 9.294/96, esta última disciplinando a publicidade de cigarros. Asseverou o julgador que a tese da culpa exclusiva do consumidor não deve prosperar, uma vez que o adicto não tem plena determinação de sua vontade. Destacou que a licitude da comercialização do cigarro não torna o fabricante indene de responder pelos danos causados pelo seu produto. Acrescentou que, ainda que tal produto não apresente tecnicamente vício ou defeito, reconhece-se por evidente que ele possui dano imanente. Entendeu que o cônjuge de fumante adicto, que assiste seu consorte viver como dependente de cigarro e todo sofrimento causado por tal vício e o vê, no final da vida, fumar até seus últimos dias, sofre dano moral.

Proferida decisão a f.1739, reconhecendo a ocorrência de erro material, substituindo o dispositivo da sentença nos seguintes termos: “Tendo em vista a ocorrência do erro material, retifico o dispositivo da sentença de fl. 1736 para substituir: “em favor do CEJUR/DPGE Banco Itaú, ag. 5673, c/c 3656-1´ por: “na forma do parágrafo único do artigo 21 do CPC, vez que a autora decaiu em parte mínima do pedido”, mantendo-se os demais termos tal qual como lançados”.

Opostos embargos de declaração a fls.1741/1744, os mesmos foram rejeitados a f.1474.

Recurso de apelação a fls.1749/1796. Reitera, inicialmente, a apreciação do agravo retido interposto. Argüiu, preliminarmente, a violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, além de infringência aos arts.128, 131, 282, 398 e 458, II, do CPC e art.13, da LICC. Afirma que o julgador utilizou fatos estranhos ao processo e sobre os quais as partes não tiveram oportunidade de se manifestar. Sobreleva a irrelevância e a inaplicabilidade de decisões estrangeiras, notadamente porque a ré não fez parte das ações mencionadas na sentença, e que não tratam de conduta da apelante ou produtos por ela fabricados. Defende a possibilidade de julgamento de mérito em favor de quem aproveita a decretação de nulidade. No mérito, destaca a inexistência de ato ilícito ou defeito do produto. Pontua a inexistência de dependência e de evidências necessárias ao estabelecimento de um diagnóstico nesse sentido. Sobreleva que houve impugnação específica à alegação de que a Sra. Letícia teria desenvolvido dependência, que não existem evidências nos autos que levem à conclusão de que a mesma fosse dependente de cigarros e de que o diagnóstico de dependência à nicotina, mesmo quando efetuado, importe no fato de que as pessoas não possam parar de fumar. Assevera que a esposa do autor tinha conhecimento de que fumar fazia mal e ainda assim optou por fazê-lo, no exercício de seu livre arbítrio e assumindo os riscos de sua escolha. Destaca a inexistência de enganosidade e/ou abusividade no material publicitário da ré, salientando que não foi apontada na sentença qualquer peça de publicidade utilizada. Afirma que o fato de o cigarro poder causar dependência química não significa que ocorra em todos os fumantes, ressaltando que sequer atuava no país à época em que a esposa do autor iniciou o consumo de cigarros. Alega ausência denexo causal entre a doença alegada e o consumo de cigarros, destacando que inexistem evidências de que as condutas imputadas tenham influenciado o comportamento da Sra. Letícia, assim como o descabimento da inversão do ônus da prova na sentença.

Sobreveio recurso do autor a fls.1873/1877 objetivando a majoração da verba compensatória arbitrada e requerendo esclarecimentos quanto à sucumbência fixada.

As contra-razões foram apresentadas a fls.1881/1890 e 1891/1896.

Proferida decisão por esta Relatora anulando de ofício a sentença, uma vez que o julgado apenas apreciou o pedido de dano moral quedando silente quanto às demais postulações do autor (fls.1900/1908), mantido o provimento em sede de agravo legal (fls1926/1931).

Sobreveio sentença a fls.1935/1942 julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a ré ao pagamento, a título de indenização por dano moral, da quantia de R\$ 13.000,00 (treze mil reais), ao autor, acrescida de juros de mora de 0,5 % ao mês desde a citação e correção monetária a partir do julgado, declarando, conseqüentemente, resolvido o mérito, nos termos do art. 269, I do Código de Processo Civil. Condenou o réu ao pagamento das custas e honorários advocatícios, em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, em favor do CEJUR/DPGE.

Sobreveio novo apelo do autor a fls.1943/1947 objetivando a majoração da verba compensatória fixada.

Recurso de apelação do réu reiterando o pedido de apreciação do agravo retido interposto e repisando as razões lançadas a fls.1749/1796, acrescentando a existência de recente julgado do STJ sobre o tema (REsp n 1.113.804-RS) estabelecendo a inexistência de responsabilidade das fabricantes de cigarro. Defende, mais uma vez, a licitude da conduta, a inexistência de defeito do produto, a inexistência de dependência, a existência de impugnação específica à alegação de que a Sra. Letícia desenvolvera dependência ao cigarro, a ausência de publicidade abusiva ou enganosa, inexistência de nexo causal.

É o relatório.

Os recursos são tempestivos, presentes os demais requisitos de admissibilidade.

Cuida-se de demanda ajuizada por Cláudio Rodrigues Bernhardt em face de Philip Morris Brasil S.A., em razão do falecimento de sua esposa, em 14.11.2000, decorrente do uso

continuado de tabaco, pois esta era fumante do cigarro “Luxor”, fabricado pela ré.

Sustenta o autor que a falecida fumava, usualmente, dois maços de cigarros por dia e que os primeiros sintomas da doença surgiram em agosto de 2000, vindo aquela a óbito no mesmo ano, com quadro clínico de câncer de cavidade oral com metástase cervical, a despeito das sessões e doses de quimioterapia a que foi submetida.

Registra que, apesar de sua esposa ter sido impedida de fumar por orientação médica, não conseguiu abandonar o vício do tabaco, não obstante a vigilância de parente e amigos.

Primeiramente, passa-se à análise do agravo retido reiterado pelo segundo recorrente (réu) contra a decisão de fls.1617/1618, defendendo a impossibilidade de produção de prova oral para a comprovação dos fatos descritos nos autos, assim como a impossibilidade de apreciação de precedente estrangeiro pela perita.

No que concerne a realização de prova oral, bem de ver que a decisão encontra-se preclusa, porquanto apreciada pelo juízo de origem em momento anterior (f.1186), contra a qual não se insurgiu o recorrente.

O processo é marcha que não admite retorno ao exame de questões cobertas pela preclusão.

Por sua vez, no que tange a necessidade do juízo em indagar a perita sobre questões atinentes ao seu laudo, notadamente no que diz respeito aos aspectos mencionados em sentença proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no *case Philip Morris U.S.A versus Mayola Williams*, o recurso também não prospera.

A instrução probatória desempenha papel primordial na formação do convencimento do julgador, não podendo ser entendida como de proveito exclusivo da parte.

De acordo com o ordenamento processual pátrio, cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, identificar as provas necessárias ao julgamento adequado da lide (art.130, CPC).

De fato, compete ao julgador, dirigente do processo e destinatário da prova, a aferição quanto à relevância e à pertinência de sua produção, à vista dos fatos controvertidos constantes dos autos.

O julgador deve conduzir o processo em busca da verdade real e em busca da efetividade da justiça.

O Superior Tribunal de Justiça já manifestou entendimento no sentido de ser admissível a iniciativa probatória do juiz, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça.

Assim, não há qualquer ilegalidade na atuação do magistrado ao requerer que a perita por este nomeada lhe esclarecesse sobre questões que guardam respeito com a matéria abordada.

Logo, rejeita-se o agravo retido interposto pelo réu.

Ingressa-se, então, no exame das preliminares também suscitadas pelo segundo recorrente (réu).

No que diz respeito à necessidade de anulação da sentença, por violação ao princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como de infringência dos artigos 128, 131, 282, 398 e 458, II, todos do CPC e artigos 9º e 13 da LICC, não assiste razão ao réu.

Isso porque a sentença não se apoiou em elementos fáticos estranhos ao processo a fim de servir de condenação ao réu, mas apenas mencionou precedentes existentes sobre o tema, em abono a tese adotada, estando a decisão motivada segundo a prova produzida nos autos.

O mesmo raciocínio é aplicado no que a alegação da irrelevância e inaplicabilidade de decisões estrangeiras.

Não se pode perder de vista que o material extraído da *internet* foi utilizado na sentença na função argumentativa, assim como se emprega citações doutrinárias, atendo-se o juízo de origem a questão fática delineada no processo.

Ademais, as informações trazidas não podem ser capazes de surpreender as partes, porquanto disseminadas por todos os veículos de comunicação

Logo, não há que se falar em nulidade da sentença.

Ultrapassadas as questões preambulares, ingressa-se no fundo de direito.

No caso, evidencia-se que a falecida, nascida em 09.04.1951, fez uso contínuo e em grande quantidade de tabaco (f.1412), durante trinta e cinco anos (fls.1408 e 1484) de sua vida, iniciando a prática do fumo com quatorze anos de idade, no ano de 1965.

Assentadas as particularidades da vítima, estabelece-se a legislação aplicável ao caso.

É certo que as normas jurídicas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública, devendo ser aplicadas de forma imediata aos contratos em curso e aos fatos ainda não consumados e não integrantes do patrimônio do titular do direito frente ao inquestionável interesse público.

O fato de se constituir lei de ordem pública embora seja insuficiente para se admitir a retroatividade do Código de Defesa do Consumidor, permite, nas hipóteses de contrato de trato sucessivo, onde as obrigações são renovadas, sua aplicabilidade, sem ofensa ao princípio da irretroatividade das leis, previsto no art. 6º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil

Com efeito, tendo em vista que a Sra. Letícia iniciou o hábito de fumar anteriormente a edição da norma protetiva, persistindo, porém, a relação travada entre as partes após a entrada em vigor do mencionado diploma legal, aplicável a responsabilidade objetiva prevista no estatuto protetivo.

Empregam-se, portanto, a legislação consumerista, bem como as normas insertas no Código Civil de 1916, cujos diplomas dialogam no presente caso.

Isso porque na época em que a falecida iniciou o tabagismo não havia legislação específica sobre a matéria, de modo que a responsabilidade civil do fornecedor de produtos era disciplinada no art. 159 do Código Civil de 1916.

Assim, somente em 11.03.1991, com a entrada em vigor da Lei nº. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), é que as relações de consumo passaram a merecer tratamento específico, incidindo automaticamente sobre as relações jurídicas em curso.

Passamos então a análise da natureza jurídica do cigarro.

Sabe-se que o tabaco é um produto de periculosidade inerente (art.9º), porquanto contém em sua própria composição substâncias que trazem riscos para o usuário, sendo certo que, diferente de qualquer produto, não guarda um consumo mínimo seguro.

Porém, não pode ser reputado como defeituoso, uma vez que os possíveis danos advindos de sua utilização não são capazes de comprometer o seu uso, levando-se em consideração aquilo que ordinariamente se espera do produto, frustrando, assim, a legítima expectativa do consumidor.

Logo, é inerente ao uso do tabaco o fato de ele ser responsável ou fator de risco de uma gama de enfermidades que, na maioria dos casos, conduz o usuário ao falecimento, diante da gravidade das moléstias que pode ocasionar.

Com arrimo no art.9º, do CDC, o fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito de sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

Conclui-se, portanto, que sendo o cigarro um produto de periculosidade inerente, o fornecedor somente poderá ser

responsabilizado por eventuais danos causados pelo uso do produto, se configurada falha no dever de informação.

À luz da legislação consumerista, não paira qualquer dúvida no que tange a necessidade do fornecedor informar, de forma clara, adequada e ostensiva acerca dos riscos que o produto pode causar ao usuário.

No entanto, a consumidora iniciou o consumo de cigarros nos idos de 1965, sob o pálio do Código Civil de 1916, abarcando, dessa forma, períodos anteriores ao estatuto de defesa do consumidor, assim como as legislações esparsas restritivas, razão pela qual devem ser observados os valores que permearam todo o período da relação contratual.

A Constituição da República de 1988 (art.220, parágrafo quarto) impôs restrições legais à propaganda comercial de tabaco, a qual passará a conter, sempre que necessário, advertências sobre o malefício de seu uso.

Em sede infraconstitucional, foi editada a Portaria nº 1050/90, do Ministério da Saúde, trazendo advertências quanto ao uso do cigarro, bem como implementando restrições e veiculação de propaganda em determinados ambientes, além de proibir a venda de cigarros e similares a menores de dezoito anos.

Em 1996, de forma a regulamentar o art.220, parágrafo quarto, da CRFB/88, foi editada a Lei nº 9294, proibindo o uso de cigarros ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo, privado ou público, salvo em área destinada exclusivamente a esse fim, assim como restringindo a propaganda do produto e congêneres.

Mencionado diploma legal veio a ser alterado pela Lei nº 10.167/2000 que, dentre outras providências, proibiu a associação do cigarro à prática de atividades esportivas, olímpicas ou não, assim como sugerir ou induzir seu consumo em locais ou situações perigosas, abusivas ou ilegais.

Em sede federativa, foram editadas pelo Estado do Rio de Janeiro as Leis nºs 2516/96 e 2947/98.

Conquanto existam respeitáveis teses no sentido de que, em décadas passadas, não existia qualquer dever legal de as indústrias de fumo informarem aos consumidores a respeito dos riscos do tabaco, uma vez que as restrições somente passaram a existir após a promulgação da CRFB/88 e do Código de Defesa do Consumidor (1991), não se pode perder de vista que devem ser respeitados os princípios e valores informadores do sistema jurídico, os quais devem respaldar as relações sociais e negociais havidas entre os seus integrantes.

Assim, apesar de no ordenamento jurídico vigente à época não existir qualquer comando legal impondo ao fornecedor de produtos e serviços informar sobre os riscos e malefícios daquilo que inseria no mercado de consumo, existem outros vetores axiológicos que não podem ser desprezados pelo julgador.

A boa-fé importa em um dever ético de bem agir, de posicionar-se com retidão, traduzida em probidade e lealdade, nos moldes do homem comum, considerando-se os aspectos sociais e usos e costumes da época.

Sobre o tema, seguem as lições do mestre Clóvis Couto e Silva citado por Cláudia Lima Marques:

“O princípio da boa-fé, no Código Civil brasileiro, não foi consagrado, em artigo expresso, como regra geral, ao contrário do Código Civil alemão. Mas o nosso Código Comercial incluiu-o como princípio vigorante no campo obrigacional e relacionou-o também com os usos de tráfico. Contudo, a inexistência, no Código Civil, de artigo semelhante ao § 242 do BGB não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta. O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo cooperação, em face do fim objetivo que visam... O princípio da boa-fé contribui para determinar ‘o que’ e ‘como’ da prestação...”. (Violação do Dever de Boa-Fé de Informar Corretamente, Atos Negociais Omissivos Afetando o Direito/Liberdade de Escolha, p.82)

Conforme acentua Célia Barbosa Abreu Slawinski, a boa-fé objetiva antes de vir positivada no Código de Defesa do

Consumidor, já estava presente na mente dos juristas pátrios, nas Ordenações Filipinas (1603), no Livro I, Título LXII, § 53, e, mais tarde, no Código Comercial (1850), através de norma estabelecida no art.131, I.

Discorre assim sobre o tema:

"A primeira inserção pode ser verificada nas Ordenações Filipinas (1603), no Livro I, Título LXII, § 53, e, mais tarde, no Código Comercial (1850), através de norma estabelecida no art.131, I, cujo potencial não foi aproveitado nem mesmo por nossos melhores comentaristas, os quais não fizeram qualquer consideração acerca da possibilidade de sua utilização, como fonte autônoma de direitos e obrigações.

A presença da regra interpretativa da boa-fé pode ser igualmente constatada no Projeto de Código Comercial organizado por Herculano Marcos Inglez de Souza (1911).

Em Direito Civil, é no Esboço de Teixeira de Freitas (1855), que se percebe a sua presença pela primeira vez, sendo válido salientar que o iluminado jurista, na Parte Geral, Livro Primeiro, Seção III, destinou alguns artigos ao tratamento da boa-fé dos atos jurídicos, tendo-a identificado como elemento inerente à própria substância destes atos. (Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-Fé Objetiva – O Princípio da Boa-Fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro, Editora *Lumen Juris*, 2002, págs.77/79).

A necessidade de observância do dever de informar também pode ser facilmente percebida em uma interpretação a *contrario sensu* do art.94, do CC/16, que assim disciplinava: "Nos atos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela não se teria celebrado o contrato.

Impende ressaltar que a boa-fé encontra suas raízes ainda no direito romano, apontando alguns estudiosos de que sua origem remonta a própria criação de Roma, senão vejamos:

"A noção de boa-fé no direito provém do mundo romano, registrando já na Lei das Dozes Tábuas a norma segundo a qual *patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*. Contudo, os historiadores indicam a sua ainda maior ancianidade, uma vez que a mesma norma estaria ligada, segundo a tradição escolhida por Dionísio de Halicarnasso, à própria fundação de Roma, o que equivale a dizer que é tão antiga quanto a

instituição da clientela, embora aí esteja registrada pelo seu valor antinômico – *fraus*, e não *fides*. (A Boa-Fé no Direito Privado, Judith Martins-Costa, Editora RT, p.111)

Lina Bigliuzzi Geri, autora italiana citada na obra acima, discorre com muita percuciência sobre a força normativa do princípio da boa-fé, vejamos:

“A cláusula geral de boa-fé assume valor de índice de emergência de interesse de outro modo destinados, em uma utilização formalística do direito, a não adquirir relevância adequada, servindo como instrumento corretivo dos rigores do *ius strictum*, através da avaliação dos interesses envolvidos naquela ação.

Não pode ser vista como uma referência a um genérico e insignificante comportamento correto e leal, um respeito insuficiente da confiança recíproca, uma exigência de escolha da solução menos gravosa pela outra parte, ou, pior ainda, um princípio equívoco de solidariedade entre os pertencentes a uma mesma comunidade ou a uma recentemente reciclada “material”, possuindo, sim, um conteúdo bem mais sólido do que este.

A existência de um exato (mesmo que indefinível a priori) conteúdo normativo das disposições sobre a boa-fé, as quais são normas jurídicas reais, não meros recipientes de princípios genéricos despidos de força imediatamente preceptiva e sobre as quais é possível sustentar a validade atual de um *exceptio doli generalis*.

Não se pode excluir a incidência de outras normas, cujo conteúdo específico e predeterminado seja capaz de autonomamente tutelar direitos. Até porque esta normativa se impõe ao juiz, por conseguinte, em razão de seu ofício, a aplicá-la. (Verbete: Buona fede nel diritto privato civile, in Digesto delle Discipline Privatistiche, tomo II, p.172).

Nesse contexto, sem embargo do que restou assentado no julgamento do Resp nº 1.113.804 - RS (2009/0043881-7), cujo voto brilhante foi proferido pelo Ministro Luis Felipe Salomão, egresso desta Corte, perfilho do entendimento de que os princípios da boa-fé e da lealdade contratual devem ser erigidos a condição de cláusula geral composta de conteúdo normativo, espraiada por todo o ordenamento jurídico e delineando todas as relações individuais e negociais.

Nossa jurisprudência, não se manteve distante ao tema, reconhecendo a aplicação do princípio da boa-fé e a necessidade

de sua observância nas relações contratuais, mesmo antes da normatividade trazida pelo Código de Defesa do Consumidor:

DIREITO CIVIL. CONTRATOS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO.

PLANO DE EQUIVALENCIA SALARIAL VERSUS CLAUSULAS DE REAJUSTE PELOS INDICES APLICADOS A POUPANÇA LIVRE.

1- "NOS CONTRATOS REGIDOS PELO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO HA DE SE RECONHECER A SUA VINCULAÇÃO, DE MODO ESPECIAL, ALEM DOS GERAIS, AOS SEGUINTEs PRINCIPIOS ESPECIFICOS: A) O DA TRANSPARENCIA, SEGUNDO O QUAL A INFORMAÇÃO CLARA E CORRETA E A LEALDADE SOBRE AS CLAUSULAS CONTRATUAIS AJUSTADAS, DEVE IMPERAR NA FORMAÇÃO DO NEGOCIO JURIDICO;

B) O DE QUE AS REGRAS IMPOSTAS PELO SFH PARA A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS, ALEM DE SEREM OBRIGATORIAS, DEVEM SER INTERPRETADAS COM O OBJETIVO EXPRESSO DE ATENDIMENTO AS NECESSIDADES DO MUTUARIO, GARANTINDO-LHE O SEU DIREITO DE HABITAÇÃO, SEM AFETAR A SUA SEGURANÇA JURIDICA, SAUDE E DIGNIDADE;

C) O DE QUE HA DE SER CONSIDERADA A VULNERABILIDADE DO MUTUARIO NÃO SO DECORRENTE DA SUA FRAGIBILIDADE FINANCEIRA, MAS, TAMBEM, PELA ANSIA E NECESSIDADE DE ADQUIRIR A CASA PROPRIA E SE SUBMETER AO IMPERIO DA PARTE FINANCIADORA, ECONOMICA E FINANCEIRAMENTE MUITAS VEZES MAIS FORTE;

D) O DE QUE OS PRINCIPIOS DA BOA-FE E DA EQUIDADE DEVEM PREVALECER NA FORMAÇÃO DO CONTRATO.

2 - HA DE SER CONSIDERADA SEM EFICACIA E EFETIVIDADE CONTRATUAL QUE IMPLICA EM REAJUSTAR O SALDO DEVEDOR E AS PRESTAÇÕES MENSAS ASSUMIDAS PELO MUTUARIO, PELOS INDICES APLICADOS AS CADERNETAS DE POUPANÇA, ADOTANDO-SE, CONSEQUENTEMENTE, A IMPERATIVIDADE E OBRIGATORIEDADE DO PLANO DE EQUIVALENCIA SALARIAL.

3 - RECURSO PROVIDO.

(REsp 85521/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 29/04/1996, DJ 03/06/1996, p. 19219) - (g.n)

ADMINISTRATIVO - CONTRATO DE ESTAGIO EM PROGRAMA MULTIDISCIPLINAR DE SAUDE PUBLICA - REMUNERAÇÃO VINCULADA A DOS RESIDENTES MEDICOS - BOA-FE - EQUILIBRIO ECONOMICO - CONGELAMENTO.

- SE O ESTADO, EM CONTRATO FIRMADO COM ESTAGIARIOS, LHES PROMETE REMUNERAÇÃO IGUAL A QUE PAGA AOS MEDICOS RESIDENTES, NÃO PODE, NO CURSO DO CONTRATO ROMPER ESTA IGUALDADE, EM DETRIMENTO AOS ESTAGIARIOS. **OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NÃO ESTÃO IMUNES AOS**

PRINCIPIOS DA BOA-FE E DO EQUILIBRIO ECONOMICO.

(RMS 1694/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/03/1994, DJ 25/04/1994, p. 9196) – (g.n)

Confira-se também o aresto abaixo:

BOA-FE. CONTRATO. O PRINCIPIO DA BOA-FE IMPOE DEVERES ANEXOS, DE ACORDO COM A NATUREZA DO NEGOCIO E A FINALIDADE PRETENDIDA PELAS PARTES.

ENTRE ELES SE ENCONTRA A OBRIGACAO DA VENDEDORA DE PEQUENA LOJA DE VESTUARIO NAO CANCELAR PEDIDOS JA FEITOS, COM O QUE INVIABILIZARIA O NEGOCIO E FRUSTRARIA A JUSTA EXPECTATIVA DO COMPRADOR. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. CONTRATO. A VENDEDORA DE LOJA DE VESTUARIO, QUE AUXILIA O COMPRADOR NOS PRIMEIROS DIAS DA NOVA ADMINISTRACAO E ASSINA PEDIDOS DE NOVAS MERCADORIAS, NAO PODE DEPOIS CANCELAR TODOS OS PEDIDOS AINDA NAO RECEBIDOS, ASSIM INVIABILIZANDO A NORMAL CONTINUIDADE DO NEGOCIO, SEM QUE PARA ISSO TENHA MOTIVO RAZOAVEL. ACO INDENIZATORIA JULGADA PROCEDENTE. APELO PROVIDO EM PARTE, PARA REDUZIR A INDENIZACAO. (Apelação Cível Nº 589073956, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 19/12/1989) – (g.n)

Impende, portanto, examinar agora se a ré prestou de forma adequada as informações necessárias ao consumidor no tocante a omissão dos males causados pelo uso contínuo do tabaco.

A resposta para tal questionamento, certamente, é negativa.

Ressoa unanimamente nos veículos de comunicação, nas decisões estrangeiras e nacionais, apoiados nos inúmeros documentos disponibilizados atualmente, que as indústrias fumíferas omitiram o aspecto viciante do cigarro, considerando a nicotina que lhe compõe, incentivando seu consumo mediante veiculação de propaganda enganosa, na maioria das vezes associadas à pessoas sadias e praticante de esportes, silenciando, furtivamente, a respeito do inquestionável fator de risco à saúde.

Servindo de alinhamento ao tema em debate, seguem as lições precisas de José Rosemberg, estudioso sobre a matéria:

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

Mais inexplicável é que ainda em 1964, o Comitê Consultivo do Serviço de Saúde Pública dos Estados Unidos, com o endosso do Surgeon General, tenha declarado que “a nicotina causa apenas hábito, não sendo droga que desenvolve dependência”. Entretanto, a indústria tabaqueira que, vinha desde 1950 promovendo pesquisas sofisticadas sobre a farmacodinâmica da nicotina, havia chegado à conclusão de que ela era droga geradora de dependência orgânica. Assim em março de 1963, um ano antes do acima citado relatório do órgão oficial da saúde pública dos Estados Unidos, negando que a nicotina causa dependência, a Brown and Williamson, na reunião de seus dirigentes, face às pesquisas de seus técnicos, concluiu pela propriedade da nicotina causar dependência. A companhia tabaqueira Brown and Williamson, sediada nos Estados Unidos, é subsidiária da British American Tobacco (BAT), assim como a Souza Cruz do Brasil. Nessa reunião, o vice-presidente, Addison Yeaman, afirmou: “além do mais, a nicotina causa dependência. Nós estamos, portanto, num negócio de vender nicotina, que é uma droga que causa dependência, eficaz para anular os mecanismos do estresse”. Aliás, desde a década dos anos de 1950, a indústria tabaqueira já tinha a convicção da ação psico-ativa da nicotina, conforme se depreende do pronunciamento de H.R. Hammer, diretor de pesquisa da British American Tobacco, como consta da ata da reunião de 14 de outubro de 1955:

“Pode-se remover toda a nicotina do tabaco, mas a experiência mostra que esses cigarros e charutos ficam emasculados e ninguém tem satisfação de fumá-los”.

Em 1962, em outra reunião da British American Tobacco, o executivo Charles Ellis afirmou: “fumar é

conseqüência da dependência... Nicotina é droga de excelente qualidade”.

Enquanto a indústria do cigarro vinha efetuando procedimentos de enriquecimento do tabaco com maiores teores de nicotina, paralelamente, através dos meios de comunicação, continuou negando que essa droga pudesse causar dependência, lançando dúvidas sobre a validade das investigações dos órgãos médico-científicos, comprovadoras de que essa droga é psico-ativa.

Afinal, esse espesso véu foi levantado, sendo a indústria tabaqueira desmascarada a partir de 12 de maio de 1994, data em que Stanton A. Glantz, professor da Divisão de Cardiologia da Universidade da Califórnia, São Francisco, Estados Unidos, ativo militante contra o tabagismo, recebeu de missivista ocultado sob o pseudônimo Mr. Butts, aproximadamente, quatro mil páginas de memorandos, relatórios, cartas e cópias de atas, correspondendo a um período de 30 anos de atividade da British American Tobacco e de sua subsidiária nos Estados Unidos, a Brown and Williamson Tobacco Corporation. Ulteriormente, Merryl Williams, ex-técnico da Brown and Williamson (BW), forneceu ao prof. Glantz grande número de documentos referentes às atividades dessa companhia de cigarros. Os documentos foram repassados ao Sub-Comitê de Saúde e Ambiente do Congresso Norte-americano. Além de sua publicação em periódicos científicos, que são listados nas referências desta exposição, foram publicados numa série de artigos do New York Times. Após vários recursos dos fabricantes de cigarros alegando interferência na sua privacidade, a Corte Superior do Estado da Califórnia reconheceu sua legitimidade, decidindo que esses documentos deveriam ser do domínio público.

Em agosto de 1998, o promotor geral do Estado de Minnesota, Estados Unidos, e a Blue Cross Shield, desse estado, instauraram processo contra a indústria tabaqueira, representada no caso pela Phillip Morris Inc. Em 8 de maio de 1998, as companhias de tabaco prepuseram um acordo com o Estado de Minnesota. Nas cláusulas do acordo constou a obrigatoriedade da indústria tabaqueira dar acesso ao público aos seus documentos internos constantes de atas, memoriais, cartas, relatórios, planos de administração e toda a correspondência referente às suas atividades técnicas, científicas e comerciais. Em inúmeros desses documentos constam pronunciamentos de técnicos, cientistas, consultores, assessores e advogados.

Toda essa documentação é de sete empresas fabricantes de cigarros e duas organizações a estas filiadas em atividade nos Estados Unidos: Phillip Morris Incorporated, RJ Reynolds Tobacco Company, British

American Tobacco, Brown and Williamson, Lorillard Tobacco Company, American Tobacco Company, Liggett Group, Tobacco Institute e o Center for Tobacco Research. Nessa ocasião, tomou-se conhecimento dos documentos que o extécnico da BW tinha entregado ao professor Glantz. Ao todo são cinco milhões de documentos com 40 milhões de páginas. Esses documentos têm uma numeração especial e podem ser consultados através a internet. Estão à disposição no arquivo oficial de Minnesota e em Guilford Surrey, nos arredores de Londres. Muitos artigos foram publicados sobre os referidos documentos, sendo os mais importantes das seguintes referências: 32, 41, 64, 80, 133, 152, 186, 322, 324, 325, 367, 377, 404, 441, 444, 482, 492, 499, 517, 534, 538, 614, 715, 829, 918, 923, 955, 957, 981, 1017, 1070, 1087. Para facilidade de compulsar todos os documentos secretos da indústria tabaqueira, a Organização Mundial de Saúde publicou um Manual Prático com indicações de como encontrá-los e identificá-los e ler os seus conteúdos (1076).

O que veio à tona com os documentos analisados é suficiente para avaliar como as multinacionais tabaqueiras vêm há anos trabalhando contra a saúde pública mundial, acumulando lucros astronômicos.

(...)

Os estudos sobre a nicotina, realizados pela indústria tabaqueira, derivam de projetos e reuniões científicas, dos quais os mais significativos são os denominados Hippo I, Hippo II, Ariel, Pesquisas de Betelle e 18 reuniões técnicas. Os documentos referentes a esse gigantesco trabalho revelam em suma: a) as pesquisas conduzidas sobre a nicotina foram mais avançadas que as das comunidades médico-cinéticas;

b) de longa data, essas indústrias clara e comprovadamente tinham conhecimentos de que a nicotina é droga que causa dependência físico-química, agindo de forma deletéria sobre os centros nervosos cerebrais; e c) as pesquisas foram conduzidas com o objetivo de melhor esclarecer a neuro-farmacologia da nicotina, a natureza desta, suas formas de presença no tabaco, sua mais fácil liberação e maior ação sobre o cérebro, a elevação do seu teor no tabaco e a intensificação da dependência.

O elenco e a variedade das investigações em animais e em humanos são difíceis de resumir, porém, os itens mais marcantes são:

- Estudos neuro-endocrínicos da ação da nicotina sobre os vários centros cerebrais;
- Regulação da função da glândula pituitária;
- Liberação mais rápida da nicotina e seu maior impacto sobre o cérebro;
- Controle da nicotina sobre o estresse e efeito tranqüilizante;
- Liberação de hormônios psico-ativos pela ação da nicotina sobre os centros nervosos cerebrais;

- Transposição da nicotina presa em nicotina livre objetivando sua maior ação;
 - Transposição da nicotina da fase particulada para a fase gasosa, mais ativa;
 - Fenômeno de tolerância dos centros nervosos nicotínicos;
 - Graus da dependência à nicotina e sua elevação;
 - Métodos de engenharia genética para obtenção de tabaco com maiores teores de nicotina; e
 - Aumento dos teores de nicotina no tabaco através do tabaco reconstituído.
- Essas e outras linhas de pesquisa conduziram a vários conhecimentos, sendo os essenciais:
- A ação neuro-farmacológica da nicotina é de proeminente importância para as pessoas fumarem;
 - Substâncias, como a amônia elevando o pH do tabaco, liberam mais nicotina;
 - Exploração de métodos de enriquecimento de nicotina no tabaco: o tabaco reconstituído e engenharia genética;
 - Eletroencefalografia como o meio de medição dos graus da intensidade da nicotino-dependência;
 - Ajustamento dos tabagistas nas maneiras de fumar, para obter níveis mais adequados de nicotina no sangue, proporcionando maior "satisfação";
 - Elevação do índice de absorção orgânica da nicotina, em geral na média de 11% para 40%;
 - Conseguir tabacos que farmacologicamente desencadeiam maior sensação prazerosa no fumante;
 - Cigarros que liberam menos de 0,7mg de nicotina não são vantajosos comercialmente;
 - É urgente a confecção de cigarros com maior nível de liberação de nicotina; e
 - Para os futuros produtos, é imprescindível a maior liberação de nicotina. Por isso, além dos procedimentos pesquisados, impõe-se a cooperação da engenharia genética para obtenção de tabaco mais rico de nicotina.
- As informações acima resumidas estão em muitas das 32 publicações cuja referência numérica bibliográfica elencamos no final. Muitas foram condensadas na revista JAMA. (Nicotina Droga Universal - <http://www1.inca.gov.br/tabagismo/publicacoes/nicotina.pdf>)

Os danos causados pelo uso do cigarro são imensuráveis e a própria indústria do tabaco foi obrigada a reconhecer seus malefícios à saúde, sendo certo que, mesmo que não o soubessem, tinham o dever legal, ao introduzirem tal produto no mercado, de conhecer tal circunstância.

Nessa toada, vê-se que por várias décadas houve omissão quanto aos riscos que o cigarro poderia gerar aos seus

consumidores (vício de informação), bem como de que no produto comercializado foram inseridas substâncias que acarretam dependência (nicotina), praticando-se uma publicidade enganosa.

Partindo-se de tais conceitos, denota-se que a ré não procedeu com sua obrigação originária, quando desenvolveu suas atividades omitindo informações necessárias para aquisição do produto, mesmo sabedora de tais fatos.

Não se nega a licitude da fabricação e da comercialização do cigarro, no território nacional, sendo certo que, tal fato, por si só, não afasta a prejudicialidade que tal produto causa aos seus consumidores, fato público e notório entre todos, e devidamente reconhecido pelo Governo Federal através da Portaria nº 695/99, que confirma o poder viciante e negativo da nicotina presente no cigarro.

Não pode a aplicação do princípio da legalidade ser interpretado de forma dissociada daqueles outros que regem a ordem constitucional vigente, assim como sua concepção teleológica.

Lúcio Delfino, em seu artigo Responsabilidade Civil das Indústrias Fumígenas Sob a Ótica do Código de Defesa do Consumidor faz uma interessante abordagem sobre a questão da legalidade da atividade das empresas de cigarro, vejamos:

“Para se ter uma idéia, as indústrias de tabaco chegaram a afirmar que a nicotina teria função preponderantemente vinculada ao sabor do cigarro; sempre procuraram negar a relação da substância com o vício. E não poderia ser diferente. Digo isso porque importar, exportar, preparar, produzir e fabricar no Brasil substância entorpecente ou qualquer outra que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar é crime, conforme prevê a Lei 6369/76 – Lei de Tóxicos” (Revista Direito do Consumidor – 51, págs. 181/182)

As normas constitucionais prescritas no art. 1º, III (dignidade da pessoa humana), art.5º, *caput* (direito à vida), art.5º, XXXII (proteção dos direitos do consumidor) e art.196 (direito à saúde), todos da Constituição Federal, atribuem ao Estado o dever de zelar e garantir à saúde e à integridade física dos cidadãos,

mediante a implementação de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos.

De outro lado, o Código de Defesa do Consumidor traz como princípio fundamental a nortear as relações por ele reguladas, o dever da informação clara e adequada dos produtos inseridos no mercado de consumo (art.37), assim como proteção contra publicidade enganosa e abusiva (art.6, IV).

Não pairam dúvidas de que a partir da época em que a Sra. Letícia iniciou o hábito de fumar, os malefícios do cigarro não eram difundidos pelas empresas de cigarros, assim como pelos órgãos públicos, tratando-se, pois, de riscos desconhecidos pelo consumidor, que somente fora descoberto posteriormente, de forma a violar a legítima expectativa do usuário sobre o consumo seguro do produto.

Portanto, quando se iniciou a relação entabulada entre a consumidora e o fornecedor não foi informado à primeira, de maneira ostensiva e adequada, acerca da nocividade e do nível de dependência que o produto causava, a curto e a longo prazo, persistindo a situação até que se tornaram obrigatórias as advertências sobre os males do consumo do cigarro.

A dependência do tabaco da vítima resta indiscutível no processo, notadamente diante do depoimento prestado pela perita do juízo ao afirmar que a Sra. Letícia era adicta ao produto da ré, argumentando que uma característica da adicção da Sra. Letícia seria o fato de que, mesmo na fase final, com dores e dificuldades de deglutição, ela ainda continuava a fumar, característica da perda de vontade sobre sua dependência do cigarro. (fls. 1.712).

O alto grau de dependência do tabaco, como sustentou a própria perita, evidencia-se da análise de f.1412, onde consta que, apesar de impedida de abrir a boca, se alimentando somente de líquidos, a esposa do autor ainda continuava fumando.

Bem de ver que não merece consideração a alegação de que, principiado o consumo do cigarro, possua a pessoa autodeterminação para, querendo, abandonar do vício, porquanto o produto colocado no mercado tem, em sua composição, substâncias que influenciam a constituição psíquica do indivíduo.

Sobre as propriedades da nicotina, confira-se o texto abaixo:

“A nicotina tem características neurobiológicas: é uma droga psico-estimulante. O processo farmacológico da nicotino- dependência é semelhante ao da cocaína e ao da heroína. Estas drogas, como a nicotina e opiáceos em geral, liberam dopamina e aumentam a produção de norepinefrina. Aliás, as drogas psicoativas, como a nicotina especialmente, agem sobre centros mesolímbicos, dopaminérgicos colinérgicos e núcleus acumbens, provocando o aumento e a liberação de dopamina e outros hormônios psicoativos, levando à dependência pelas propriedades euforizantes e ansiolíticas. Isso é facilmente demonstrável administrando essas drogas endovenosamente. Outros estimulantes podem agir da mesma forma e o mecanismo é fundamental para a criação da dependência. Qualquer que seja a forma de consumir o tabaco, inclusive a de mascar, cria dependência; porém, a mais intensa é fumando.

A Organização Mundial de Saúde, alinhando-se com órgãos internacionais de psiquiatria, como já citado no início deste item, incluiu, desde 1992, o tabagismo na classificação Internacional de Doenças, registrando no inciso F 17.2: “nicotina é substância psicoativa cujo uso (tabaco) pode causar distúrbio mental do comportamento”. Esse comportamento foi bem descrito na definição de dependência como sendo “um padrão de comportamento no qual o uso de dada droga psicoativa assume prioridade aguda em relação a outros comportamentos que, anteriormente, tinham valor significativo elevado” (Nicotina A Droga Universal - <http://www1.inca.gov.br/tabagismo/publicacoes/nicotina.pdf>, págs. 39 e 43)

“O tabagismo não é apenas um fator de risco para diversas enfermidades; ele mesmo é considerado uma enfermidade. Atualmente, vê-se o tabagismo como uma doença crônica pela enorme dificuldade para se eliminar o vício do fumante. Já se acreditou que a força de vontade era suficiente para quem quisesse parar de fumar. A ciência se encarregou de provar o contrário, ou se já, na prática, mesmo querendo, é muito difícil abandonar o consumo de tabaco. Especialistas no assunto opinam que o tabagista deve ser submetido a um tratamento que dure por toda a vida. Assim como um hipertenso não deve abandonar o exercício físico, que lhe traz benefícios enormes, um ex-fumante também deverá adotar e manter hábitos ainda mais saudáveis do que uma pessoa que jamais fumou. E, se necessário, voltar a recorrer a algum tratamento químico e a programas psicológicos para aprender a lidar com a falta de cigarro. RIGOTTI, Nancy. Vontade não basta. (entrevista) Revista Veja. São Paulo: Abril, ano 37, n.23, 09.06.2004.p.14-15. (Delfino Lúcio, O

direito intertemporal e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas ações indenizatórias ajuizadas por fumantes contra a indústria do fumo, Revista Direito do Consumidor, Editora RT, p.132/133)

Seguem as preciosas lições de Luiz Guilherme Marinoni:

Por lógica, se o Estado tem o dever de proteger à saúde e segurança da população, não há como aceitar que ele possa autorizar a venda de um produto que reconhece nocivo ou perigoso, sem que essa autorização esteja fundada na necessidade de proteção da própria sociedade.

Quanto aos agrotóxicos, a informação também deve ser *ostensiva*, uma vez que os riscos que esses produtos podem trazer, quando considerados os benefícios que podem proporcionar, são tidos como *aceitáveis*. Em relação às bebidas alcoólicas, alguém poderia afirmar que a nocividade do seu consumo não pode legitimar a sua venda, uma vez que a sua utilização não é imprescindível ao desenvolvimento da sociedade. Acontece que, diante desse último caso, é novamente necessária a distinção entre *aceitabilidade do risco* e *uso previsível*. O consumo de bebidas alcoólicas, quando feito de forma moderada, não gera prejuízo um *risco* de prejuízo *inaceitável*. Nesse caso, é o *uso inadequado* que do produto que pode trazer males à saúde. Se o risco não está no consumo, mas sim pela *forma* do consumo, o produto somente poderá ser comercializado quando acompanhado de restrições ao seu uso por menores e de informações a respeito dos prejuízos à saúde que o seu uso inadequado pode trazer.

No que diz respeito ao tabaco, a nocividade não advém da forma do consumo, mas sim do próprio consumo. (...)

Na verdade, se a Administração Pública *reconhece a alta periculosidade ou a alta nocividade de um produto*, e ainda assim permite a sua venda, sem que esse perigo ou nocividade seja legitimado por estar tutelando outro bem digno de proteção, o ato da Administração Pública *carece de fundamentação*, e assim não precisa ser acatado pelo juiz, que então fica com a possibilidade de proibir a venda do produto. Isso por uma razão simples: o dever de proteção é incumbência do Estado, e, portanto, também do juiz, que não pode ficar em uma posição de assistente dos desvios e das omissões da Administração. Quando esta reconhece a alta nocividade do produto, é completamente irracional a autorização do seu consumo sem que a proteção de outro bem possa justificá-la.

(...)

E não se diga que é preciso considerar uma norma constitucional que *liberou a comercialização do cigarro* – embora o inverso deva ser óbvio. Como já adiantado, essa norma, diante de determinado momento do desenvolvimento científico, impôs deveres ao produtor diante da propaganda do cigarro, *deixando clara a intenção de proteger à saúde do consumidor*. Se o passar do tempo demonstrou que o cigarro provoca câncer, etc., não há necessidade de combater a norma constitucional, *uma vez que essa não disse que o cigarro pode ser vendido ainda que cause câncer (como é óbvio), mas apenas que a propaganda de cigarro deve sofrer restrições. Ou seja, não há incompatibilidade entre a norma que, em determinado momento do desenvolvimento da ciência, impõe restrições à propaganda de um produto e deveres de informação ao seu produtor e a norma que, em outro estágio do desenvolvimento da tecnologia, veda a sua comercialização diante da conclusão técnica de que o produto é "altamente nocivo". Tais se apóiam em situações fáticas completamente distintas*. (Marinoni, Luiz Guilherme, A tutela do consumidor diante das noções de produto e serviço "defeituoso". A questão do tabaco. Revista Jurídica 370, Agosto 2008, págs. 37/39)

O dever de informação não deve ser concebido como mera veiculação de advertências nos veículos de propaganda, mas sim deve ser apto a dissuadir o usuário, na maioria das vezes, já adicto.

Lúcio Delfino aponta em artigo questões interessantes sobre as influências externas prejudiciais à idéia do livre-arbítrio nos casos de tabaco:

"De início, é de se afirmar que as decisões de iniciar a prática do tabagismo, e de mantê-la viva no cotidiano, advêm de um ou alguns estímulos *externos*. São *excitações exteriores* que, de algum modo, influenciam a vontade do indivíduo, conduzindo a sua ação em direção ao consumo inicial e contínuo de tabaco. Sendo esse argumento verdadeiro – e ele efetivamente o é –, certamente cairá por terra a tese do livre-arbítrio do fumante, sobretudo porque não haveria sentido em se defender uma propensa liberdade de agir, quando a vontade do indivíduo foi maculada, já que pastoreada para um determinado comportamento por fatores outros que não a sua própria consciência.

E são vários os fatores responsáveis por conduzir as pessoas a experimentar o cigarro. A curiosidade pelo produto, seu baixo custo, a imitação do

comportamento dos adultos pelos jovens e a necessidade desses últimos de se auto-afirmarem são apenas algumas dessas determinantes externas. Contudo, e no mais das vezes, essas determinantes são mero coadjuvantes, atuando em auxílio a uma força-mestra poderosíssima e, às vezes, imperceptível, cunhada artificialmente em prol do estímulo. (Revista Jurídica Ano 55 – Novembro de 2007 – nº361, p.67/68)

Ressalta-se que, conforme assentado na sentença, a ré não negou em sua peça de defesa que a falecida consumisse seus produtos de forma exclusiva, bem como de que desenvolveu dependência ao tabaco.

Logo, diante da ausência de impugnação específica de tais fatos, restam os mesmos incontroversos, na forma do art.302, do CPC, dispensando a produção de provas (art.334, III, CPC).

Passamos agora à análise do nexos causal.

O fato de que o cigarro faz mal à saúde sendo causa de inúmeras doenças é evidente, principalmente, que causa vários tipos de câncer.

Sobre o tema, seguem, mais uma vez, as lições precisas de José Rosemberg:

“O tabaco contém cerca de 70 substâncias cancerígenas. A grande maioria pertence a três grupos: hidrocarbonetos aromáticos policíclicos, aminas aromáticas e nitrosaminas. Estas últimas estão estritamente relacionadas com a nicotina”. (Nicotina A Droga Universal, p.78 - <http://www1.inca.gov.br/tabagismo/publicacoes/nicotina.pdf>)

“(...) sabe-se que a nicotina tem propriedade angiogênica. Essa característica da nicotina favorece o desenvolvimento do câncer. Para um câncer proliferar ele necessita da amplificação da rede de vasos para nutrir as células cancerosas. Há relação constante entre o volume do tumor, o número de células e a rede vascular. É provável que células cancerosas produzam um fator cancerígeno que sustente o maior aporte de sangue. Isso, por exemplo, é bem constatado no melanoma. A natureza desse fator não é conhecida. Parece tratar-se de proteínas que têm propriedades mutagênicas para as células endoteliais. Por sua vez, a nicotina propicia a proliferação das células endoteliais vasculares. Em síntese, a nicotina, pelas propriedades

de angiogênese, aumenta a arteriolização do tecido canceroso e propicia a multiplicação mais rápida das células neoplásicas e sua disseminação". (Nicotina A Droga Universal, p.79 - <http://www1.inca.gov.br/tabagismo/publicacoes/nicotina.pdf>)

Por sua vez, afirma a Organização Mundial de Saúde:

"O tabaco é um fator de risco para seis das oito causas de morte no mundo e mata uma pessoa a cada seis segundos. O tabaco mata de um terço à metade de todas as pessoas que o usam, em média 15 anos prematuramente. Hoje, o consumo de tabaco causa mais de cinco milhões de falecimento ao ano; a previsão para 2030, a menos que medidas urgentes sejam tomadas subirá para mais de oito milhões. Se as tendências atuais seguem, estima-se que ao redor de 500 milhões de pessoas viva hoje morrerão como resultado do consumo do tabaco. Durante o século XXI, poderia matar até um bilhão de pessoas.

O tabaco fumado em qualquer de suas formas causa até 90% de todos os cânceres do pulmão e é um fator de risco significativo para acidentes cérebro-vasculares e ataques cardíacos mortais. A fumaça de segunda mão ambiental do tabaco também causa a miude sérias e fatais conseqüências para a saúde. Tabaco não fumado também é altamente aditivo e causa câncer de cabeça, pescoço, esôfago e pâncreas, assim como muitas patologias buco-dentais". (http://www1.inca.gov.br/tabagismo/publicacoes/OMS_Relatorio.pdf, extraído em 17.03.2011)

Em outra obra, também extraem-se dados importantes da OMS:

"Atualmente, estima-se que 4,9 milhões de mortes ao ano são provocadas pelo tabaco. Caso providências não sejam tomadas, prevê-se que no ano 2020 o índice de mortalidade atribuível ao tabagismo dobre. Cerca de 70% dessas mortes ocorrerão nos países em desenvolvimento.

Juntamente com HIV/AIDS, o tabagismo é a causa de morte de maior crescimento no mundo e será a principal causa de morte prematura na década de 2020.

Nas últimas décadas, verificou-se um aumento drástico do fumo nos países em desenvolvimento, especialmente entre os homens. Isto se contrapõe à redução lenta, porém constante, do tabagismo, principalmente entre os homens, em muitos países industrializados. As taxas de tabagismo estão aumentando em alguns países de baixa e média renda, especialmente entre jovens e mulheres, e permanecem

relativamente altas na maioria das antigas repúblicas socialistas. O fumo faz aumentar substancialmente o risco de mortalidade por câncer de pulmão, câncer nas vias aéreas superiores e no trato digestivo alto e em outras localizações, cardiopatias, doenças cerebrovasculares, doenças respiratórias crônicas e uma variada gama de afecções orgânicas (veja **Tabela 1**). Em populações onde o tabagismo é um hábito comum há muitas décadas, ele responde por uma proporção substancial de todas as mortes.

(...)

Tabela 1: Doenças relacionadas ao tabagismo
Principais doenças causadas, em parte, pelo tabagismo:

Câncer de boca, faringe e laringe

Câncer do esôfago

Câncer de pulmão

Câncer de pâncreas

Câncer de bexiga

Cardiopatias isquêmicas

Hipertensão arterial

Degeneração miocárdica

Doença cardiopulmonar

Outras cardiopatias

Aneurisma da aorta

Doença vascular periférica

Aterosclerose

Doença cerebrovascular

Bronquite crônica e enfisema

Tuberculose pulmonar

Asma

Pneumonia

Outras doenças respiratórias

Úlcera péptica

Outros efeitos nocivos causados em parte pelo tabagismo:

Câncer de lábio

Doença de Crohn

Câncer de nariz

Osteoporose

Câncer do estômago

Periodontite

Câncer da pelve do rim

Ambliopia por tabagismo

Câncer do corpo do rim

Degeneração macular relacionada ao envelhecimento

Leucemia mielóide

Fecundidade reduzida

Feto de tamanho reduzido

Fonte: Doll 1998 Tabelas 11, 12 and 13.

O tabagismo também prejudica terceiros. Existem, com certeza, riscos à saúde decorrentes do tabagismo passivo: fumar durante a gravidez traz um efeito adverso para o desenvolvimento do feto. Em junho de 2002, a Agência Internacional para Pesquisa em Câncer (IARC) concluiu que o fumo involuntário (exposição "de segunda mão" ou ambiental à fumaça de produtos derivados do

tabaco) era carcinogênica para humanos.⁶ Mascar tabaco pode provocar câncer oral, assim como fumar charuto ou cachimbo. Em países industrializados, estima-se que o fumo cause mais de 90% de todos os cânceres de pulmão em homens e cerca de 70% de todos os cânceres de pulmão em mulheres. Além disso, o fumo é responsável por 5680% de todas as doenças respiratórias crônicas e 22% de todas as doenças cardiovasculares”. (Tabagismo e Saúde nos Países em Desenvolvimento, OMS, extraído do site: http://www1.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=publicacoes&link=tabagismo_saude.pdf)

A doença desenvolvida pela esposa do autor (câncer de cavidade oral) e seu diagnóstico encontram-se provado nos autos, assim como os vários exames e internações a que a mesma foi submetida.

A vítima faleceu com cinqüenta anos e fumou por trinta e cinco anos de sua existência, conforme apontam documentos e fotografias trazidas nos autos e era, sem sombra de dúvidas, adicta.

Nesse passo, é certo que o consumo de cigarros pela vítima por longos anos e a doença desenvolvida pela mesma encontra-se na linha de causa eficiente e adequada de sua morte, não tendo o réu produzido qualquer outra prova em sentido diverso, ou seja, de que a doença desenvolvida não poderia decorrer do uso contínuo de seu produto, mas sim de outra causa qualquer.

Muito embora a perita do juízo tenha afirmado na conclusão de seu parecer técnico que resta prejudicada a possibilidade de correlação causa – efeito entre os fatores de risco presentes (f.1573), em seu testemunho em juízo atesta que a dificuldade em estabelecer no laudo o risco inerente do produto do cigarro é porque a documentação apresentada não havia possibilidade de estabelecer o tipo histológico e a localização primária do mal (f.1712).

Com relação à enfermidade apresentada pela vítima, segue abaixo o parecer:

No campo da saúde bucal, o tabagismo está diretamente relacionado ao aparecimento do câncer bucal, que afeta lábios e o interior da cavidade oral. “Dentro da boca, para um diagnóstico apropriado devem ser observados gengivas, mucosa jugal (bochechas) palato (céu da boca), língua

(principalmente as bordas), assoalho (região embaixo da língua) e amígdalas. O câncer do lábio ocorre mais frequentemente no lábio inferior”, explica a Profª Dra. Renata Tucci, Doutora em Patologia Bucal pela USP e coordenadora do Cedoc, Centro de Diagnóstico Odontológico do CETAO.

Sendo a cavidade bucal um órgão que permite a visão direta, supõe-se que existiria uma maior probabilidade de diagnósticos precoces das lesões bucais, diferentemente de outros órgãos como mama, intestino e pulmão, por exemplo. “Mas ainda observamos muitos casos de câncer bucal diagnosticados tardiamente no Brasil. Pacientes apresentam-se na primeira consulta com lesões em estágios avançados e muitas vezes visitam vários profissionais de saúde até a conclusão do diagnóstico”, observa a dentista.

Tucci explica que o câncer de boca aparece usualmente como uma ferida que nunca cicatriza e cresce progressiva e rapidamente, infiltrando-se nos tecidos vizinhos. O tratamento é feito por meio de cirurgia para retirada do tumor e/ou radioterapia. “Temos muito a fazer com o objetivo de prevenir o aparecimento do câncer bucal. **Apoiamos e incentivamos iniciativas antitabagistas devido a comprovada relação entre esta doença e o cigarro.** Acreditamos também que é preciso envolver o cirurgião-dentista e o paciente, visando capacitá-los a realizar a detecção precoce da doença, quando as chances de melhora e controle da doença são maiores”, reforça a coordenadora do Cedoc.

Para Renata Tucci, o grande problema do câncer bucal são os poucos programas e projetos especializados no trabalho de diagnóstico precoce e prevenção desta doença. “No dia-a-dia, os pacientes costumam procurar ajuda muito tarde. Os casos, na maioria das vezes, são descobertos em estágio avançado, o que dificulta o tratamento e a cura”, alerta. (<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=atualidades&link=ver.asp?id=1459>)

Depois de todos os males causados pela indústria do tabaco na sociedade, não se pode deixar que seus danos continuem se perpetuando no mundo jurídico, isentando-a da responsabilidade pela morte e pelas doenças desenvolvidas pelos usuários do produto que a mesma colocou no mercado, sabedora de seus males.

Esse é o risco do negócio e é mínimo diante do vultoso valor arrecado pelas empresas de cigarro em detrimento de muitas vidas ceifadas e inúmeras doenças causadas em virtude do uso do

tabaco, ainda em grande quantidade e de forma crescente no mundo.

Ora, quem criou o risco de dano tem o dever de impedi-lo, devendo a indústria de tabaco ser responsabilizada se este risco vier a se consumir.

A aviltante licitude da atividade de cultivo, industrialização e comercialização do fumo não pode afastar a responsabilização pelos danos causados pelo consumo do produto, assim como ocorre com qualquer bem comercializado no mercado.

Conclui-se, portanto, que se a ré, com sua atuação, causou prejuízo aos usuários de seu produto, tem o dever jurídico de reparar o dano, porquanto possui obrigação de não lesar.

Logo, se a ré criou o risco para o consumidor possuía o dever jurídico de impedi-lo.

Para corroborar, transcreve-se julgados sobre o tema:

DANO MORAL. CIGARROS. CAUSAS MORTAIS QUE PODEM ORIGINAR: 'ENFISEMA PULMONAR', 'ARRITMIA CARDÍACA' E 'CÂNCER PULMONAR', ENTRE OUTRAS. NEXO CAUSAL COMPROVADO, FACE AO CONSUMO DO CIGARRO E O EVENTO MORTE. PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA QUE SE APLICA AO CCv/16, INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (arts. 6º, incisos I, III, IV, VI e VIII, e 12, par. 1º) E ART. 159 DO CCv/16, NA MODALIDADE OMISSÃO NA AÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 335 DO CPC: "REGRAS DE EXPERIÊNCIA COMUM". INDENIZAÇÃO DEVIDA. (PRECEDENTE: Apelação Cível n. 70000144626, Redator para o acórdão Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, j. em 29.10.03, 9ª. Câmara Cível). APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70007090798, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 19/11/2003)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE FUMANTE QUE INICIOU O VÍCIO DO TABAGISMO ANTES DA VIGÊNCIA DO CDC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FABRICANTE OU FORNECEDOR PELO FATO DO PRODUTO (ART. 6º, INCISO VI, 9º E ART. 12, DO CDC). DIREITO COMPARADO. PRESSUPOSTOS. DEFEITO DE PRODUTO INERENTEMENTE PERIGOSO EM RAZÃO DA VIOLAÇÃO DE UMA LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE SEGURANÇA CAPAZ DE PROVOCAR DANOS À

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

características, composição, qualidade e riscos que o cigarro poderia gerar aos seus consumidores (vício de informação); (b) na publicidade insidiosa e hipócrita difundida há tempo pelas fornecedoras de tabaco, vinculando o cigarro a situações como sucesso profissional, beleza, prazer, saúde, requinte etc.; (c) no fato de as indústrias do fumo inserirem no cigarro substância que acarreta dependência aos seus utentes (nicotina), obrigando-os a consumir mais e mais o produto nocivo, não por uma escolha consciente, mas em razão de uma necessidade química.

4. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR. Em matéria de proteção da saúde e segurança dos consumidores vige a noção geral da expectativa legítima, é dizer, a idéia de que os produtos e serviços colocados no mercado devem atender às expectativas de segurança que deles legitimamente se espera. Em primeiro lugar, exige-se que a existência da periculosidade esteja em acordo com o tipo específico de produto ou serviço (critério objetivo). Em segundo lugar, o consumidor deve estar total e perfeitamente apto a prevê-la, ou seja, o risco não o surpreende (critério subjetivo). O § 1º, do art. 12, do CDC, após salientar que só há responsabilidade civil do fornecedor se houver defeito no produto introduzido no mercado, dispõe, a título exemplificativo, que o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera. Portanto, o conceito de defeito não se relaciona propriamente com a inaptidão do produto para seus fins, mas, antes, com a violação de uma legítima expectativa de segurança, que é capaz de provocar danos aos consumidores. O fato de alguns tabagistas conseguirem largar o vício por conta própria ou com ajuda médica, não exclui a responsabilidade do fabricante, visto que o abandono do vício depende de fatores subjetivos e características individuais dos consumidores. Entretanto, o vício possui a mesma gênese para todos os tabagistas: o consumo de cigarros e o vício pela nicotina. Parar de fumar não significa que a nicotina não vicia ou que o cigarro não possui outros componentes que induzem o consumo de cigarros. A abdicação do vício pelo fumo não depende apenas de uma decisão do próprio fumante ou de sua autodeterminação. Desse modo, os riscos inerentes ao consumo do cigarro não são considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição (art. 8º do CDC), porquanto a expectativa dos tabagistas não é desfrutar de doenças associadas ao consumo de cigarro ou provocar a morte a longo prazo. Ao revés, pretendem obter a sensação calmante e prazerosa provocada pelo consumo de cigarros, estes sim considerados normais e previsíveis.

5. DIREITO COMPARADO. A recente terceira grande onda de litigância contra as empresas de tabaco nos Estados Unidos da América alterou seu curso de modo que está se consolidando a tendência dos Tribunais norteamericanos em condenar as empresas tabagistas.

A partir de maio de 1994, se fizeram públicos documentos internos (conhecidos como `cigarette papers) de algumas empresas tabagistas, que revelariam que as indústrias do fumo sabiam dos riscos para a saúde derivados do consumo de tabaco desde princípios e meados dos anos cinquenta e, apesar disso, teriam omitido as advertências relevantes ao ponto de, recentemente, os governos dos Estados da União terem decidido acionar, por meio de `class actions a indústria de cigarros para obter o reembolso dos gastos médico-sanitários destinados à saúde por danos relacionados ao tratamento de enfermidades presumidamente relacionadas com o consumo do tabaco. 6. O CIGARRO COMO PRODUTO INERENTEMENTE PERIGOSO. O tabaco é considerado como um produto inerentemente perigoso por conter em si riscos para as vítimas e cujo próprio projeto ou natureza implica uma série de características em virtude das quais não é possível a existência de uma alternativa mais segura, uma vez que se assim se fizesse se descaracterizaria a própria natureza desse produto. Trata-se de produtos nos quais ocorre o paradoxo de que podem ocasionar conseqüências muito negativas, porém, nem por isso, podem ser reputados como inseguros ou desarrazoadamente perigosos. 7. NEXO CAUSAL ENTRE O TABAGISMO E A MORTE. A epidemiologia como método genérico para determinar a causalidade na responsabilidade civil pelo produto. Segundo a teoria da causalidade adequada, aplicada ao âmbito da responsabilidade civil pelo produto, para que se configure o nexo de causalidade, basta que haja séria probabilidade de ocorrência do dano, sendo suficiente que este não seja atribuível a circunstâncias extraordinárias ou situações improváveis, que não seriam consideradas por um julgador prudente. Nesta perspectiva do nexo causal epidemiológico, subministrado pelas regras do que ordinariamente acontece, a prova coligida aos autos conforta a presença do liame de causalidade entre o tabagismo e a neoplasia pulmonar que produziu a morte da vítima. 8. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ NA CONDUTA DA RÉ. É certo que o dever de informação foi instituído expressamente apenas com o advento da Lei 8.078/90. Não obstante, já existia no ordenamento civil o princípio da boa-fé objetiva (regra de conduta), que, em essência, impunha restrições à comercialização de produtos nocivos. Com efeito, aqui não se avoca as disposições do Código de Defesa do Consumidor, mas, sim, o denominado princípio da boa-fé que inobstante não previsto expressamente no Código Civil de 1916, era acolhido pelo sistema de responsabilidade civil, o qual preceitua uma conduta reta entre os contraentes, de forma a proteger a legítima expectativa do outro. Mesmo inexistente previsão legal do dever de informação ao tempo em que o autor começou a fumar (1963), certo é que a demandada deixou de fazer advertência que deveria

ser feita, ou que deveria o fabricante saber necessária, incorrendo em violação à necessária boa-fé no tráfego comercial, por omitir dado essencial do produto, já que a ocultação desta informação, por si só, configura a enganiosidade. Com efeito, a existência de ardid fantasioso utilizado com o fim de atrair a simpatia do espectador em relação ao produto torna a publicidade enganosa. 9. QUANTUM INDENIZATÓRIO. Não persiste qualquer dúvida acerca da tristeza, do sofrimento e da angústia enfrentadas pela companheira e pelo filho do de cujus ao ter de presenciar a degradação progressiva da saúde do ente querido, sem lograr êxito nas tentativas de ajudá-lo a se livrar do vício. A ré induziu o vício de forma direta, por meio de propagandas, com a finalidade única de obter lucro, sem preocupação com a saúde do consumidor. Curial que se reconheça a contribuição da vítima para a sua morte, na medida em que foi alertada por pessoas próximas sobre o perigo da continuidade do tabagismo, conforme a própria petição inicial expõe, motivo pelo qual correta a redução perpetrada no Juízo a quo em 2/3 do valor indenizatório. Incabível maior redução do quantum, dado que o desencadeamento do vício deve ser atribuído à demandada. "DESPROVERAM O AGRAVO RETIDO E O RECURSO DE APELAÇÃO, E DE OFÍCIO, FIXARAM OS JUROS MORATÓRIOS LEGAIS A PARTIR DA SENTENÇA. UNÂNIME." (Apelação Cível Nº 70016845349, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 12/12/2007)

Presentes os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, o fato, o liame causal e dano, exsurge o dever da ré de compensar o dano moral experimentado pelo autor.

É bem de ver que o sofrimento do autor pela morte de sua esposa não é passível de indenização, vindo a verba reparatória tão-somente a minorar a dor.

Resta evidente que a morte de um companheiro ou pai é uma fonte de inesgotável dor, angústia e sofrimento daqueles que conviviam com o membro da família, mormente quando o falecimento vem acompanhado de longo e gradativo período de degradação física e psíquica, não sendo necessário exigir-se destes a prova do sofrimento.

Cabível, portanto, a indenização estabelecida em favor do autor.

Por sua vez, quanto à necessidade de majoração da verba compensatória fixada, assiste razão o apelo do autor.

A verba deve ser arbitrada atentando-se aos seus aspectos compensatório e repressivo e em quantia compatível com a intensidade do sofrimento, atendidos os critérios de razoabilidade e condições sócio-econômicas de ambas as partes.

Necessário se faz, portanto, a majoração da verba indenizatória para o patamar de R\$100.000,00 (cem mil reais), considerando-se a lógica do razoável, a finalidade da condenação e levando-se em conta a capacidades sócio-econômica das partes.

A verba fixada encontra amparo na jurisprudência do STJ, nos casos de falecimento de ente familiar.

RECURSO ESPECIAL - ALÍNEAS "A" E "C" - ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - COLISÃO DE VIATURA POLICIAL - MORTE DA GENITORA PARTURIENTE E DO NASCITURO - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - PETIÇÃO INICIAL - PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NO VALOR DE TREZENTOS SALÁRIOS MÍNIMOS POR AMBOS OS ÓBITOS - SENTENÇA QUE ARBITROU A INDENIZAÇÃO NO VALOR DE TREZENTOS SALÁRIOS MÍNIMOS PELA MORTE DA GENITORA E TRINTA SALÁRIOS MÍNIMOS PELA MORTE DO NASCITURO - VALORES CONFIRMADOS PELO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO - ALEGADA OFENSA AO ARTIGO 460 DO CPC - OCORRÊNCIA - SENTENÇA ULTRA PETITA - REDUÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA AO QUANTUM REQUERIDO PELAS AUTORAS - ALEGADA OFENSA AO DISPOSTO NOS ARTS. 20, § 4º E 70, INCISO III, DO CPC, 1.524 DO CÓDIGO CIVIL E 38 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA.

Decidiu a egrégia Corte de origem deveriam ser confirmados os termos da sentença que condenou o Poder Público estadual ao pagamento de indenização para as autoras no valor de "300 (trezentos) salários mínimos para cada uma, pela morte da mãe e 30 (trinta) salários mínimos pela do nascituro, ambas a título de dano moral, constituindo o valor líquido e único de R\$ 79.200,00 (setenta e nove mil e duzentos reais), incidindo juros de mora, deste esta data, na base de meio por cento ao mês e atualização monetária, ambas até a efetiva liquidação".

(...)

É de bom conselho, dessarte, em nome da celeridade e economia processuais, a redução da verba indenizatória para 300 salários mínimos para cada uma das autoras da ação, a título de indenização por ambos os óbitos.

(...)

Divergência jurisprudencial não demonstrada.

Recurso especial provido em parte para reduzir verba indenizatória para 300 salários mínimos para cada uma das autoras da ação, a título de indenização pela morte de sua genitora e do nascituro.
(REsp 472276/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/06/2003, DJ 22/09/2003, p. 299)

No mais, à míngua de recurso das partes quantos aos demais termos da sentença, notadamente quanto aos consectários legais, mantém-se o julgado.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso do réu (segundo apelo) e dá-se provimento ao apelo do autor (primeiro recorrente) para majorar a verba indenizatória fixada para a quantia de R\$100.000,00 (cem mil reais), mantendo-se os demais termos da sentença.**

Rio de Janeiro, 22 de março de 2011.

Mônica Maria Costa
Desembargadora Relatora