

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE BIGUAÇU
CURSO DE DIREITO**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FABRICANTE DE CIGARRO
QUANDO DA MORTE DE FUMANTE**

RAPHAELA DE MELLO CARNEIRO

**Biguaçu
2008**

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE BIGUAÇU
CURSO DE DIREITO**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FABRICANTE DE CIGARRO
QUANDO DA MORTE DE FUMANTE**

RAPHAELA DE MELLO CARNEIRO

Monografia submetida à Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Esp. Fábio de Souza Trajano

**Biguaçu
2008**

AGRADECIMENTOS

Preliminarmente a Deus, pela vida, saúde, paciência, e por todas as oportunidades que propiciou em minha vida. Agradeço, também, aos meus pais, Dulphe e Maria da Glória, meus primeiros mestres, que me ensinaram as lições mais valiosas, e incentivadores de toda a minha vida acadêmica. Agradeço à minha irmã, Juliana e ao meu cunhado, Marcel, por toda amizade, lealdade e companheirismo. Agradeço ao meu amigo e namorado, Heriberto, por toda amizade, carinho, amor, paciência, incentivo, auxílio e compreensão. Também sou grata ao Dr. Luiz Henrique Martins Portelinha, magistrado exemplar que me ofereceu oportunidade de exercer atividades jurídicas desde o início do curso, o que me fez perceber minha vocação.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Biguaçu, novembro de 2008.

Raphaela de Mello Carneiro
Graduanda

PÁGINA DE APROVAÇÃO

A presente monografia de conclusão do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, elaborada pela graduanda Raphaela de Mello Carneiro, sob o título “A responsabilidade civil do fabricante de cigarro quando da morte de fumante”, foi submetida, em 10 de novembro de 2008, à banca examinadora composta pelos seguintes professores: Fábio de Souza Trajano, Renato Heusi Almeida e Tânia M. Souza Trajano, e aprovada.

Biguaçu, novembro de 2008.

Prof. Esp. Fábio de Souza Trajano
Orientador e Presidente da Banca

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Atos de disposições constitucionais transitórias
ADIN	Ação direta de inconstitucionalidade
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ART(s).	Artigo(s)
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DES(A).	Desembargador(a)
INC(s).	Inciso(s)
INCA	Instituto Nacional do Câncer
RESP.	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJPR	Tribunal de Justiça do Paraná
TJRG	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJRN	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

RESUMO	VIII
ABSTRACT	IX
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1	3
SURGIMENTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E ALGUNS PRINCÍPIOS QUE O NORTEIAM	3
1.1 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....	3
1.2 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: NORMAS DE ORDEM PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL.....	6
1.3 ALGUNS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O DIREITO DO CONSUMIDOR	9
1.3.1 Dignidade da pessoa humana	10
1.3.2 Vulnerabilidade do consumidor	13
1.3.3 Liberdade	15
1.3.4 Direito à vida (proteção à vida, saúde e segurança)	18
1.3.4.1 Risco normal e previsível.....	20
1.3.5 Dever de informar do fornecedor	22
1.3.6 Publicidade	24
1.3.7 Prevenção e reparação de danos materiais e morias	26
1.3.8 Boa-fé objetiva.....	27
1.3.9 Transparência.....	29
CAPÍTULO 2	32
CONCEITOS FUNDAMENTAIS	32
2.1 RELAÇÃO DE CONSUMO.....	32
2.1.1 Conceito de relação de consumo	32
2.1.2 Requisitos da relação de consumo	34
2.1.2.1 Consumidor.....	34
2.1.2.2 Fornecedor	39
2.1.2.3 Produto	43
2.1.2.4 Serviço.....	49

2.2 VÍCIO DO PRODUTO OU SERVIÇO.....	52
2.3 DEFEITO DO PRODUTO OU SERVIÇO	53
CAPÍTULO 3	56
A RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE DE CIGARRO QUANDO DA MORTE DE FUMANTE	56
3.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR.....	57
3.1.1 Pressupostos necessários para sua incidência.....	60
3.1.1.1 <i>Defeito, dano e nexo de causalidade</i>	61
3.2 EXCLUSÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE.....	62
3.3 RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE DE CIGARRO QUANDO DA MORTE DE FUMANTE.....	66
3.3.1 Teses defensivas das indústrias tabagista.....	67
3.3.1.1 <i>Ausência de prova quanto ao grave dano à saúde gerado pelo tabaco e às doenças relacionadas ao seu consumo</i>	67
3.3.1.2 <i>Exercício de atividade lícita e ausência de defeito no cigarro</i>	73
3.3.1.3 <i>Ausência de publicidade enganosa</i>	77
3.3.1.4 <i>Culpa exclusiva do consumidor: liberdade de escolha</i>	81
3.3.1.5 <i>Aplicação do Código de Defesa do Consumidor</i>	84
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	88
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	92
ANEXOS.....	95

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a responsabilidade civil do fabricante de cigarro quando ocorre a morte de um fumante, sendo o óbito diretamente relacionado ao consumo do tabaco. Tal análise será feita frente ao Código de Defesa do Consumidor, que preconiza a responsabilidade objetiva do fornecedor. Esse trabalho será realizado utilizando-se o método dedutivo e, através dele, buscar-se-á concluir se os fornecedores de cigarro devem ser responsabilizados pela morte de fumante, quando a doença que determinou o óbito está estritamente ligada ao uso do tabaco. Para tanto, serão pesquisadas doutrinas e decisões proferidas pelos tribunais brasileiros. Intentou-se no primeiro capítulo tratar da origem do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) no ordenamento jurídico pátrio e alguns princípios que o norteiam, escolhidos em conformidade com o objeto desta pesquisa. No segundo capítulo, tratou-se de conceitos fundamentais trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor, pois facilitam a compreensão acerca do tema deste trabalho, vez que é imprescindível saber reconhecer uma relação de consumo para que esta seja regida pela Lei nº 8.078/90. Por fim, no terceiro capítulo buscou-se verificar a posição da doutrina e das decisões dos tribunais brasileiros sobre os argumentos levantados pelo consumidor e pelos fabricantes de cigarro quando de ações judiciais pleiteando indenização pela morte de fumante, provocada pelo consumo de cigarros.

Palavras-chaves: responsabilidade civil, cigarro, relação de consumo.

ABSTRACT

The present work aims at analyzing the civil responsibility of the cigarette manufacturer when there occurs the death of a smoker, and it is directly related to the consumption of tobacco. Such analyses will be done following the Consumer Protection Code, which preconizes the objective responsibility of the supplier. This work shall make use of the deductive method and, through it, try to come to a conclusion whether the cigarette suppliers should be held accountable for the death of a smoker, when the disease that determined the death is strictly linked to the use of tobacco. To do so, the doctrines and decisions put forth by the Brazilian courts shall be researched. The goal of the first chapter is to treat of the origin of the Consumer Protection Code (Law No. 8.078/90) in the juridical ordinance of the State and some principles that guide it, chosen according to the object of this research. The second chapter treats of the fundamental concepts brought by the Consumer Protection Code, given that they help in comprehending the theme of this work, for it is essential to know how to distinguish a consumer-relation if it is to be judged under the Law No. 8.078/90. And last, the purpose of the third chapter is to verify where the doctrine and the decisions of the Brazilian courts stand in relation to the arguments raised by the consumer and by the cigarette manufacturers in the judicial processes carrying on a legal contest for the death of the smoker, due to the consumption of cigarettes.

Key-words: civil responsibility, cigarette, consumer-relation.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por finalidade analisar a responsabilidade civil do fabricante de cigarro quando da morte de fumante, sendo o óbito diretamente relacionado a uma doença provocada pelo consumo do tabaco. Há divergências de opiniões acerca do assunto. Contudo, grande parte dos Tribunais Estaduais Brasileiros tem entendido inexistir o dever de indenizar, enquanto os autores, que se dispõem a estudar e escrever sobre o assunto, posicionam-se no sentido contrário.

Serão apreciados elementos fundamentais para a compreensão do tema, como os princípios que regem o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), os principais conceitos estabelecidos por essa lei e os argumentos utilizados pelas partes nos processos judiciais que visam a indenização pelo falecimento do fumante ocasionada pelo consumo de cigarro. Tudo isso porque a relação existente entre as partes – empresas tabagistas e vítima lesionada – é uma relação de consumo, regida pela Lei 8.078/90.

Desta forma, no Capítulo 1, inicialmente, aborda-se o surgimento do Código de Defesa do Consumidor no ordenamento jurídico brasileiro, assim como a classificação dada às suas regras – normas de ordem pública e interesse social. Busca-se, ainda, explicitar alguns princípios norteadores dessa Lei, escolhidos em conformidade com o tema desta pesquisa.

No Capítulo 2, trata-se de conceitos fundamentais trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor, os quais são fundamentais para a compreensão deste estudo, uma vez que essa Lei somente incide sobre as relações de consumo. Assim, necessário é saber identificar uma relação consumerista, para então aplicar as normas do Código de Defesa do Consumidor.

No Capítulo 3, por derradeiro, estuda-se a responsabilidade civil do fornecedor preconizada na Lei 8.078/90, bem como as causas de quebra do nexo de causalidade. A partir disso, analisam-se os argumentos suscitados pelos fabricantes de cigarro e pelo consumidor nas ações judiciais de indenização pela morte de fumante, avaliando-se a veracidade e coerência de cada um deles. Para tanto, traz-se a divergência doutrinária e jurisprudencial existente no País atualmente.

O presente trabalho se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos, que estabelecem a possibilidade de responsabilizar os fabricantes de cigarro quando ocorre a morte de fumante, ocasionada pelo consumo de cigarros. Ainda, estimula-se dar continuidade aos estudos e reflexões sobre a questão da responsabilidade civil das empresas tabagistas, haja vista que ainda há divergência de posicionamentos acerca do assunto.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que foi utilizado o método dedutivo.

CAPÍTULO 1

SURGIMENTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E ALGUNS PRINCÍPIOS QUE O NORTEIAM

Em razão do tema do presente trabalho estar estreitamente relacionado com o Código de Defesa do Consumidor, importante é verificar seu surgimento no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os princípios que embasaram as regras desse diploma legal, pois, somente assim, é possível verificar a intenção do legislador ao criar o CDC.

1.1 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Com a promulgação da CRFB/88, a Carta Magna previu, em seu artigo 5º, inciso XXXII, a promoção da defesa do consumidor por parte do Estado, gerando, assim, a necessidade de se criar uma legislação específica para efetivar essa garantia fundamental de todo cidadão.

A imprescindibilidade do CDC também era notória, uma vez que até a instituição desse diploma legal, às relações de consumo eram aplicados os dispositivos do Código Civil de 1916.¹

O CDC – Lei 8.078/90 somente foi editado em 11 de setembro de 1990, por determinação constitucional, conforme art. 48 do ADCT.

¹ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.

Claudia Lima Marques constata que o direito privado vem sofrendo forte influência da CRFB/88, em razão da nova ordem pública imposta por ela. Desta forma, determinadas relações particulares estão sendo controladas pelo Estado. Foi o que ocorreu com a defesa do consumidor, que, a partir de 1988, foi incluída na chamada ordem pública econômica, a qual “legitima e instrumentaliza a crescente intervenção do Estado na atividade econômica dos particulares”.²

Ainda, tem-se que o art. 170, inc. V da CRFB/88 referiu sua preocupação ao tratar da ordem econômica, estando esta fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, a qual, explica José Geraldo Brito Filomeno, teve por finalidade “assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observando-se certos princípios fundamentais, dentre eles a defesa do consumidor.³

Por outro norte, José Geraldo Brito Filomeno esclarece que a defesa do consumidor prevista na CRFB/88 não deve ser entendida como um dos princípios da ordem econômica, e sim como um fim visado por ela. Essa finalidade seria a possibilidade do consumidor fazer sua livre escolha quanto aos diversos serviços e produtos colocados à sua disposição no mercado por diferentes fornecedores.⁴

Citado autor também indica a intenção do art. 150 da Carta Magna, o qual visou proteger os consumidores ao estabelecer limitações no poder de tributar, instituindo a necessidade de haver medidas para que os consumidores tenham clareza acerca dos impostos taxados sobre mercadorias e serviços.

² MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 61.

³ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007. p.22.

⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 13.

Completando, o mesmo diploma legal, trouxe em seu art. 175, parágrafo único, a disposição sobre os direitos dos usuários dos serviços públicos, intitulados usuários-consumidores.⁵

Apesar do atraso em se estabelecer uma legislação de proteção ao consumidor, Rizzatto Nunes informa:

O CDC acabou tendo resultados altamente positivos, porque o legislador, isto é, aqueles que pensaram na sua elaboração [...] pensaram e trouxeram para o sistema legislativo brasileiro aquilo que existia e existe de mais moderno na proteção do consumidor.⁶

Rizzatto Nunes explica que, após a Segunda Guerra Mundial, as Constituições dos países ocidentais preocuparam-se em proteger a dignidade da pessoa humana. O mesmo ocorreu com a CRFB/88, que consagrou em seu art. 1º, inc. III, a dignidade da pessoa humana como um bem inatingível.⁷

O CDC não foi diferente ao dispor em seu art. 4º, *caput*, o respeito à dignidade dos consumidores como um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo.

Referido dispositivo traça diretrizes norteadoras, metas, objetivos a serem perseguidos e alcançados, cujo fim é fomentar o equilíbrio e a evolução das relações de consumo.⁸

O CDC, portanto, deve ser interpretado de acordo com as normas e princípios constitucionais, uma vez que a Constituição é a lei fundamental do Estado, devendo ser respeitada de forma incondicional.⁹

⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. p. 13.

⁶ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 3.

⁷ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 6.

⁸ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de defesa do consumidor interpretado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 33.

Rizzatto Nunes ainda complementa mencionando:

Não será possível interpretar adequadamente a legislação consumerista se não se tiver em mente esse fato de que ela comporta um subsistema no ordenamento jurídico, que prevalece sobre os demais – exceto, claro, o próprio sistema da Constituição, como de resto qualquer norma jurídica de hierarquia inferior –, sendo aplicável às outras normas de forma supletiva e complementar.¹⁰

O CDC inovou por ser uma lei principiológica, concretizando os princípios e garantias constitucionais, sendo que de tal posição decorre o alcance e aplicação do CDC em “toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regada por outra norma jurídica infraconstitucional”.¹¹

Assim, devido à necessidade de se criar uma norma específica de proteção ao consumidor, haja vista que as relações consumeristas eram reguladas pelo Código Civil – o que era insuficiente e até mesmo injusto, face o desequilíbrio na relação havida entre consumidor e fornecedor – a CRFB/88 determinou a elaboração do CDC, a fim de se instituir mecanismos eficientes para reger as relações de consumo.

1.2 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: NORMAS DE ORDEM PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL

As normas instituídas pelo CDC, consoante seu art. 1º, são de ordem pública e interesse social, o que, para José Geraldo Brito Filomeno:

⁹ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 8.

¹⁰ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 65.

¹¹ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 66.

Equivale a dizer que são *inderrogáveis* por vontade dos interessados em determinada relação de consumo, embora se admita a livre disposição de alguns interesses de caráter patrimonial, como, por exemplo, ao tratar do Código da convenção coletiva de consumo em seu art. 170.¹² (grifo no original)

Por sua vez, Claudia Lima Marques conceitua o que vem a ser normas de ordem pública, que seriam aquelas que:

Estabelecem valores básicos e fundamentais de nossa ordem jurídica, são normas de direito privado, mas de forte interesse público, daí serem indisponíveis e inafastáveis através de contratos.¹³

José Geraldo Brito Filomeno elucida que o caráter cogente do CDC resta cristalino na Seção II do Capítulo VI do Título I, ao tratar das cláusulas abusivas, as quais são nulas. Ainda, percebe-se esse caráter nas disposições que tratam das práticas abusivas.¹⁴

Referido autor salienta que o CDC alcança não só os atos jurídicos praticados anteriormente à sua vigência, como também aqueles contratos em curso, chamados de trato sucessivo, podendo, inclusive, ter cláusulas abusivas, dotadas, por conseguinte, de nulidade.¹⁵

Convém ressaltar que a jurisprudência já decidiu na aplicação da lei consumerista *ex officio*¹⁶, visto ser norma de ordem pública e de

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 24.

¹³ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 60.

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 25.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 25-26.

¹⁶ Ementa: Processual civil. Contrato de adesão. Foro de eleição. Defesa do aderente dificultada pela distância. Incompetência. Reconhecimento *ex officio*. Código de Defesa do Consumidor.

interesse social.¹⁷ No entanto, atualmente prevalece o entendimento de que é necessário o pedido de aplicação das regras do CDC pela parte interessada.¹⁸

No que se refere ao “interesse social” das normas consumeristas, Claudia Lima Marques entende que o CDC vem mudar a realidade social, uma vez que intervém de forma imperativa em relações jurídicas de direito privado, onde não mais prevalece a autonomia da vontade de maneira absoluta. Outrossim, caracterizam essas normas por imporem:

Novas noções valorativas que devem orientar a sociedade, e por isso optam, geralmente, em positivar uma série de direitos assegurados ao grupo tutelado e impõem uma série de novos deveres imputados a outros agentes da sociedade, os quais, por sua profissão ou pelas benesses que recebem, considera o legislador que possam e devam suportar estes riscos.¹⁹

Ao dar às regras de proteção ao consumidor caráter de interesse social, Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Alves Pinto Serrano, sustentam que o Estado preocupou-se:

Em envidar esforços para a defesa do consumidor, saindo da passiva posição imposta historicamente para o respeito das

Precedentes do STJ. Aplicação da Súmula n.º 83/STJ confirmada. Agravo regimental desprovido. (STJ, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 470034 / DF, 2002/0110944-6. 3ª Turma. Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Publicado em 25.10.2004).

¹⁷ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 70-72, 77.

¹⁸ Nesse diapasão, ilustra-se como exemplo o REsp n. 976.237, cuja ementa é: Processual civil e bancário. Agravo no recurso especial. Ações de revisão contratual e de busca e apreensão. Contrato bancário. CDC. Disposições de ofício. Comissão de permanência. Capitalização de juros. Correção Monetária. Súmula 295-STJ. Mora. Caracterização prejudicada. - Aplicam-se as disposições do CDC aos contratos bancários. - Está firmado no STJ o entendimento segundo o qual é inviável a revisão de ofício de cláusulas consideradas abusivas em contratos que regulem relação de consumo. Ressalva pessoal. [...] (STJ, Relatora Min. Nancy Andrigui. Decisão publicada em 17.03.2008). No mesmo sentido, REsp n. 891.072, 993.229 e 992.182.

¹⁹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 61-62.

liberdades públicas e concentrando-se na prática de condutas positivas para viabilizar a material proteção do consumidor.²⁰

José Geraldo Brito Filomeno argumenta:

A comunidade de consumidores é sabidamente frágil em face da outra personagem das relações de consumo, donde pretender o Código do Consumidor estabelecer o necessário equilíbrio de forças.²¹

Reforça, o citado autor, que “haverá muitas vezes que tratar desigualmente as duas personagens das sobreditas relações de consumo – fornecedores e consumidores –, porque claramente desiguais”.²²

O CDC, ao estabelecer normas de ordem pública e interesse social, buscou evitar o desequilíbrio nas relações de consumo, tendo em vista que, normalmente, os fornecedores possuem mais instrução que os consumidores, impondo sua vontade em detrimento destes.

1.3 ALGUNS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O DIREITO DO CONSUMIDOR

Ao se tratar sobre princípios, imprescindível é compreender, inicialmente, o que são princípios. Para tanto, extrai-se a definição de De Plácido e Silva:

²⁰ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de defesa do consumidor interpretado**. p. 10.

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 27.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 27.

[...] significa as *normas elementares* ou os *requisitos primordiais* instituídos como *base*, como *alicerce* de alguma coisa. E, assim, *princípios* revelam o conjunto de *regras* ou *preceitos*, que se fixam para servir de *norma* a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a *conduta* a ser tida em qualquer *operação jurídica*. [...] Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas [...]. Compreendem, pois, os fundamentos da *Ciência Jurídica*, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito. [...].²³ (grifo no original)

Logo, os princípios são preceitos gerais e fundamentais que dão forma e caráter ao ordenamento jurídico por completo ou parte dele.²⁴

Os princípios terão a função de dar a correta interpretação de todas as normas, tanto as constitucionais, quanto aquelas instituídas no CDC.²⁵

Dito isso, passa-se à análise de alguns princípios norteadores do sistema consumerista, escolhidos em conformidade com o tema deste trabalho.

1.3.1 Dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da república brasileira²⁶, motivo pelo qual exerce função de princípio maior para a

²³ SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.1095.

²⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 56.

²⁵ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p.16.

²⁶ Art. 1º da CRFB/88: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

interpretação de “todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no texto constitucional”.²⁷

Neste sentido, Alexandre de Moraes conceitua a dignidade da pessoa humana:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*.²⁸ (grifo no original)

A dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional consagrado pela CRFB/88 e possui uma dupla concepção. A primeira, disciplina esse princípio como um direito individual protetivo, tanto em relação ao Estado, quanto aos demais indivíduos. Já a segunda concepção, estabelece o dever de tratamento igualitário de todas as pessoas.²⁹ “Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a *dignidade* de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria”.³⁰ (grifo no original)

Acerca de sua grande importância, Rizzato Nunes ensina:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana”.

²⁷ NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. p. 24-25.

²⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 46.

²⁹ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. p. 46.

³⁰ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. p. 46.

É ela, a dignidade, o último arcabouço da guarda dos direitos individuais e o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional. A isonomia, como demonstraremos, servirá para gerar equilíbrio real, visando concretizar o direito à dignidade.³¹

O respeito à dignidade inicia-se com a garantia dos direitos sociais previstos no art. 6º da CRFB/88³², pois não há dignidade se esse mínimo (saúde, educação etc.) não estiver assegurado.³³

O autor supracitado entende que “a dignidade humana é um valor já preenchido *a priori*, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato já de ser pessoa”.³⁴

Conforme já destacado, a lei consumerista também dispõe acerca da garantia à dignidade da pessoa humana no *caput* do seu art. 4º³⁵.

Assim, todo o ordenamento jurídico brasileiro deve ter como um de seus princípios basilares a dignidade da pessoa humana, visto ser valor constitucionalmente previsto. O CDC não haveria de ser diferente, pois um de seus objetivos é garantir que todo indivíduo, em uma relação de consumo, tenha sua dignidade preservada.

³¹ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 24.

³² “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”

³³ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 25.

³⁴ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 25.

³⁵ “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, [...]”

1.3.2 Vulnerabilidade do consumidor

Para José Geraldo Brito Filomeno, o consumidor deve ser considerado a parte mais vulnerável, fraca, quando se trata de uma relação de consumo, tendo em vista que: “[...] os detentores dos meios de produção é que detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de lucro”.³⁶

O termo vulnerabilidade deve ser entendido como a fragilidade do consumidor frente ao fornecedor, sendo considerada não somente no que diz respeito ao aspecto econômico, mas também visível nas fases pré-contratual (informações disponíveis que podem ser verdadeiras ou falsas), de contratação (contratos de adesão) e pós-contratual (aparecimento de vícios ou defeitos).³⁷

Ajustando esta realidade com o princípio constitucional da isonomia, surgiu o princípio da vulnerabilidade, que reconhece a situação de fraqueza do consumidor e, diante disso, “indica que toda intervenção legislativa, administrativa e judiciária em sede de relações de consumo, deve ser aparelhada de modo a suprir tal vulnerabilidade”.³⁸

Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva explica:

A Lei n. 8.078/90, ao contrário do Código Civil, parte do pressuposto de que, nas relações de consumo, existe uma desigualdade fática, uma relação vertical e de poder, entre fornecedores e consumidores, razão porque, ao estabelecer uma

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 69.

³⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. p. 16.

³⁸ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de defesa do consumidor interpretado**. p. 34.

série de direitos e vantagens para o consumidor, tenta igualar sua posição jurídica na relação contratual.³⁹

Contudo, Claudia Lima Marques compreende:

A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a “explicação” destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para aplicá-las bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça eqüitativa.⁴⁰

Para a citada doutrinadora, existem três tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica e a fática. Na primeira, o consumidor não possui conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço que está adquirindo, sendo, portanto, mais facilmente ludibriado acerca das características e funções do produto ou serviço consumido. No sistema do CDC, este tipo de vulnerabilidade é presumido para os consumidores não-profissionais.⁴¹

Por sua vez, a vulnerabilidade fática é: “aquela desproporção fática de forças, intelectuais e econômicas, que caracteriza a relação de consumo”⁴²; enquanto que a vulnerabilidade jurídica: “é a falta de conhecimentos jurídicos específicos, de conhecimentos de contabilidade ou de economia”⁴³, que é presumida para os consumidores não-profissionais e pessoas físicas.

³⁹ SILVA, Jorge Alberto de Quadros de Carvalho. **Código de defesa do consumidor anotado: e legislação complementar**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 17.

⁴⁰ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 144.

⁴¹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 145.

⁴² MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 145.

⁴³ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 145.

Claudia Lima Marques ainda defende que o CDC, em seus artigos 2º e 4º, inc. I, traz a presunção de vulnerabilidade para as pessoas físicas destinatárias finais do serviço.⁴⁴

É notório que em uma relação de consumo há, via de regra, uma parte mais frágil, o consumidor, e uma parte mais forte, o fornecedor. Por esta razão é que se reconhece a vulnerabilidade do consumidor, com o objetivo de equilibrar a relação de consumo.

1.3.3 Liberdade

O princípio da liberdade está previsto constitucionalmente (arts. 1º, inc. IV; art. 3º, inc. I; e art. 5º), sendo uma garantia fundamental.

Neste estudo está-se tratando da liberdade do consumidor de agir e escolher, e a do fornecedor de empreender.

O art. 1º da CRFB/88 garante a livre iniciativa, que significa o “direito de escolher correr o risco do empreendimento”.⁴⁵

Desta forma, todos têm direito de empreender uma atividade permitida pela lei, caso queiram. Basta juntar seus bens, formar um capital e ir ao mercado empreender algum negócio lícito.⁴⁶

No que tange ao consumidor, como um dos objetivos da República é construir uma sociedade livre (art. 3º, inc. I da CRFB/88), o

⁴⁴ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 145.

⁴⁵ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 27.

⁴⁶ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 27.

consumidor deve ter ação livre. Isso significa dizer que há a junção de duas virtudes: o querer e o poder. Assim, “quando a pessoa quer e pode, diz-se, ela é livre; sua ação é livre”.⁴⁷

Rizzatto Nunes explica que há casos em que não existe o poder de escolha, em razão da necessidade, e complementa afirmando que a “liberdade é o oposto da necessidade”.⁴⁸

Exemplificando, ninguém tem ação livre para não comer, pois essa é uma necessidade do ser humano, cujo objetivo é a sobrevivência. Por este motivo, o Estado pode e deve intervir, quer seja na produção, quer seja na distribuição de produtos e serviços, para assegurar a dignidade da pessoa humana.⁴⁹

Mencionado doutrinador ainda sustenta que a liberdade de escolha do consumidor é limitada pela oferta, uma vez que ele “não tem acesso aos meios de produção, não é ele quem determina o quê nem como algo será produzido e levado ao mercado”.⁵⁰

Portanto, o consumidor apenas tem liberdade para optar, quando possível, pelo preço mais baixo, pelas melhores condições de pagamento.⁵¹

Resta demonstrado, também, o papel predominante da lei em relação à vontade. Isso porque a limitação da liberdade contratual possibilita que outras obrigações, mesmo que não oriundas da vontade declarada dos

⁴⁷ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 27.

⁴⁸ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 27.

⁴⁹ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 27.

⁵⁰ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 28.

⁵¹ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 28.

contratantes, sejam implementadas no contrato em virtude de lei ou de uma interpretação dos juízes.⁵²

Claudia Lima Marques esclarece:

O Código de Defesa do Consumidor reconhece a importância das novas técnicas de vendas, muitas delas agressivas, do *marketing* e do contrato como forma de informação, protegendo o seu direito de escolha e sua autonomia racional, através do reconhecimento de um direito mais forte de informação (arts. 30, 31, 33, 34, 46 e 54 do CDC) e um direito de reflexão (art. 49 do CDC). A necessidade de proteção da liberdade do contratante mais fraco leva a impor novos riscos profissionais aos fornecedores, que não poderão ser transferidos aos consumidores por nenhuma manifestação válida da vontade, a redefinir o abuso.⁵³

Afirma-se que o consumidor é atraído pela oferta e mesmo o consumidor mais esclarecido é vulnerável, pois “não tem acesso nem determina o ciclo da produção”.⁵⁴

É assegurado, até mesmo pela CRFB/88, o direito ao fornecedor de empreender, devendo este arcar com os riscos de suas atividades. Já ao consumidor, lhe compete o direito de escolher os produtos e serviços adquiridos, estando a sua escolha limitada aos bens e serviços ofertados no mercado de consumo.

⁵² MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 175.

⁵³ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 175-176.

⁵⁴ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 29.

1.3.4 Direito à vida (proteção à vida, saúde e segurança)

O direito à vida e à dignidade resulta em uma garantia de vida digna, a qual deve ser acrescida de garantia da qualidade de vida. Esta última, também é prevista constitucionalmente, quando a Carta Magna, em seu art. 225, estabelece o direito a todos de ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, preservando a sadia qualidade de vida.⁵⁵

Para que mencionado objetivo seja alcançado, fica ao Poder Público e a toda a coletividade o dever de sua implementação e respeito. Logo, todos devem colaborar para tanto.⁵⁶ Rizzatto Nunes exemplifica a questão:

O ar que se respira num local público é típica questão do meio ambiente, que implica a possibilidade de afetar a saúde dos indivíduos. A proibição de fumar em restaurantes é obviamente legal, e está de acordo com o texto constitucional, que determina que tanto o Poder Público quanto a própria coletividade lutem pela preservação da sadia qualidade de vida. Qualquer outro argumento só atende aos interesses dos fabricantes de cigarro, que estão interessados apenas e tão-somente na obtenção de lucro.⁵⁷

Por outro norte, acerca do princípio/direito analisado neste tópico, sustenta José Geraldo Brito Filomeno:

O direito à saúde, à segurança e à própria vida, portanto, são as primeiras preocupações do Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo os deveres dos fornecedores. Primeiramente, o **dever de informar a respeito de riscos que os produtos ou serviços prestados possam apresentar**; em segundo lugar, a proibição de colocação no mercado de **produtos ou serviços que apresentem alto grau de nocividade ou periculosidade**; em terceiro lugar, **dever de comunicar às autoridades**

⁵⁵ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 41.

⁵⁶ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 41.

⁵⁷ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 41.

competentes que, após terem sido colocados no mercado, produtos e serviços apresentaram alto grau de periculosidade ou nocividade, bem como aos consumidores em geral; em quarto lugar, dever de retirar os produtos em questão do mercado, mediante o chamado *recall*.⁵⁸ (grifo no original)

No CDC, esse assunto está disciplinado entre os artigos 8º e 25. Inicialmente, a referida lei explicita que produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo não poderão acarretar riscos à saúde ou segurança dos consumidores, excepcionando aqueles que possuem esses riscos normais e previsíveis, em razão de sua natureza e fruição. Porém, ressalta-se que o fornecedor deverá prestar todas as informações acerca do produto ou serviço e, caso seja aquele industrializado, o produto deverá ser acompanhado de impressos apropriados, onde constem as informações necessárias.⁵⁹

Os consumidores e até mesmo terceiros não envolvidos em determinada relação de consumo possuem o direito de não terem sua integridade física colocada em perigo em virtude de práticas condenáveis no fornecimento de serviços ou produtos. Para tanto, a informação acerca do objeto da relação de consumo deve ser clara e completa, principalmente no que tange aos riscos que esses produtos ou serviços possam apresentar.⁶⁰

É evidente que, para se ter dignidade, é necessário que o direito à vida de cada pessoa seja assegurado. Para tanto, o CDC determinou o dever de ser observada a proteção à saúde e segurança do consumidor, cujo objetivo é informar, de forma precisa e ostensiva, quando o produto ou serviço pode atingir à saúde ou à segurança daquele que adquire o bem no mercado de consumo.

⁵⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. p. 38.

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 175.

⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 145.

1.3.4.1 *Risco normal e previsível*

O CDC, em seu art. 8º, refere-se “à normalidade e previsibilidade do consumidor em relação ao uso e funcionamento rotineiro do produto ou serviço”⁶¹, sendo que, ao mencionar risco normal e previsível, a norma trata de uma expectativa, tanto do ponto de vista do consumidor, quanto do fornecedor, pois ambos têm expectativa relativa ao uso e consumo regular de determinado produto ou serviço.⁶²

O autor Rizzatto Nunes destaca:

[...] ao referir a expectativa do consumidor, está supondo o grau de conhecimento-padrão existente no mercado. Esse conhecimento é tanto o usual, adquirido no senso comum, quanto o formal, adquirido nos cursos de formação.⁶³

Assim, mesmo que haja um consumidor que tenha o desconhecimento concreto, não ocorre a invalidação da norma, pois deve-se atentar ao padrão estabelecido.⁶⁴

Como já dito anteriormente, Zelmo Denari ressalta que quando o produto ou serviço for potencialmente nocivo ou perigoso à saúde ou segurança do consumidor, a informação deve ser clara e precisa.⁶⁵

Caso esses riscos à saúde ou segurança sejam normais e previsíveis, o fornecedor “deve dar informação sobre os riscos que não são

⁶¹ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 154.

⁶² NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 154.

⁶³ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 155.

⁶⁴ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 154-155.

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 175.

normais e previsíveis em decorrência da natureza e fruição dos produtos e serviços”.⁶⁶

Logo, se o risco normal e previsível for de conhecimento-padrão do consumidor, o fornecedor não precisa informá-lo, bastando que avise claramente ao consumidor acerca daqueles riscos que não são normais e esperados.⁶⁷

Contudo, se o produto ou serviço é novo e desconhecido do consumidor, o fornecedor tem a obrigação de prestar, exaustivamente, toda a informação, no que tange aos riscos à saúde e segurança.⁶⁸

Observa-se que a lei permite a comercialização de produtos e serviços potencialmente nocivos e perigosos à saúde, mas proíbe a venda de produtos e serviços que tenham alto grau de nocividade e periculosidade.⁶⁹

No entanto, a legislação apresenta lacuna quando não traz expressamente qualquer conceito acerca dos vocábulos “potencialmente” e “alto grau”.⁷⁰

Assim, explica Zelmo Denari, que, ante essa omissão da lei, “o aplicador da norma é que deverá aferir, em cada caso concreto, o grau de nocividade ou de periculosidade do bem ou serviço colocado no mercado de consumo”.⁷¹

⁶⁶ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 155.

⁶⁷ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 156.

⁶⁸ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 156.

⁶⁹ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 160.

⁷⁰ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 160.

⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 179.

É sabido que estão disponibilizados no mercado de consumo produtos e serviços que possuem riscos normais e previsíveis, ou seja, o consumidor já possui conhecimento acerca dos riscos daquele bem. Assim, por exemplo, ao comprar uma faca, o consumidor sabe que sua superfície cortante pode provocar acidentes. No entanto, a expectativa do consumidor é que ela efetivamente corte, caso contrário a faca teria problemas e não teria utilidade, pois sua função é cortar. Logo, o fornecedor não precisa atentar quanto à possibilidade de que o produto possa provocar algum acidente, caso utilizado com negligência ou imprudência.

1.3.5 Dever de informar do fornecedor

É o dever de informar corretamente e de forma clara os consumidores acerca de todas as características importantes de produtos ou serviços, tais como a quantidade, composição, qualidade e preço, a fim de que o seu adquirente tenha o exato conhecimento quanto à sua expectativa referente ao produto ou serviço adquirido.⁷²

Esta obrigação é exigida antes mesmo de haver qualquer relação entre consumidor e fornecedor. Desta forma: “a informação passou a ser componente necessário do produto e do serviço, que não podem ser oferecidos no mercado sem ela”.⁷³

Antônio Herman V. Benjamin esclarece que há dois momentos principais do dever de informar. O primeiro ocorre quando a informação precede (como por exemplo, a publicidade) ou quando acompanha o produto ou serviço (como por exemplo, a embalagem), chamado de informação

⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 146.

⁷³ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 136.

pré-contratual. Já o segundo, quando da informação passada no instante da contratação do bem de consumo, denominado informação contratual.⁷⁴

Ambos os momentos têm o mesmo objetivo: “preparar o consumidor para um ato de consumo verdadeiramente consentido, livre, porque fundamentado em informações adequadas”.⁷⁵

Ao tratar-se de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou à segurança, a informação deverá ser ostensiva e adequada.⁷⁶

Sobre o assunto, Zelmo Denari leciona:

Uma informação é *ostensiva* quando se exterioriza de forma tão manifesta e translúcida que uma pessoa, de mediana inteligência, não tem como alegar ignorância ou desinformação. É *adequada* quando, de forma apropriada e completa, presta todos os esclarecimentos necessários ao uso ou consumo de produto ou serviço.⁷⁷

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin esclarece que toda a informação deve ser “correta (verdadeira), clara (de fácil entendimento), precisa (sem prolixidade), ostensiva (de fácil percepção) e em língua portuguesa”.⁷⁸

⁷⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2008. p.188.

⁷⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. p. 188.

⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 177.

⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 177.

⁷⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. p. 189.

Deste dever de informar do fornecedor, nasce o direito do consumidor de ser informado. Para pautar a informação dada, deve ser observado o valor ético fundamental da verdade, pois como se verá abaixo, a informação prestada pelo fornecedor ao consumidor deve condizer com a realidade.⁷⁹

É dever, portanto, do fornecedor prestar informações corretas, claras e completas sobre o produto ou serviço disponibilizado no mercado de consumo, com o objetivo de proporcionar ao consumidor todos os dados necessários sobre o bem, para que ele tenha plena consciência do que está adquirindo, evitando surpresas desagradáveis no futuro.

1.3.6 Publicidade

Primeiramente, destaca-se que, para Rizzatto Nunes, podem ser utilizados como termos sinônimos os vocábulos “publicidade” e “propaganda”, pois a CRFB/88 não faz distinção entre eles.⁸⁰

No entanto, a maioria da doutrina entende haver divergência entre os termos publicidade e propaganda. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin explica que a publicidade tem fim comercial, enquanto a propaganda tem um objetivo “ideológico, religioso, filosófico, político, econômico e social”⁸¹, sendo que o CDC não trata de propaganda, mas tão-somente de publicidade.⁸²

⁷⁹ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 52-53.

⁸⁰ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 61.

⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 318.

⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 319.

Rizzatto Nunes elucida que a publicidade tem como objetivo anunciar, descrever, oferecer, divulgar, propagar produtos e serviços, sofrendo restrições legais, tanto pela CRFB/88, quando protege a pessoa contra publicidade maléfica à saúde e ao meio ambiente, garantindo o respeito pelos valores éticos; quanto pelo CDC, ao proibir publicidade enganosa ou abusiva.⁸³

Convém mencionar que, segundo Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, a publicidade é um direito do fornecedor, e não um dever. No entanto, ao exercer esse direito, o fornecedor deverá respeitar as normas do CDC, a fim de que não haja publicidade enganosa ou abusiva, prejudicando os consumidores.⁸⁴

Ainda, Rizzatto Nunes salienta:

A informação não pode faltar com a verdade daquilo que se informa de maneira alguma, quer seja por afirmação, quer por omissão. Nem mesmo manipulando frases, sons e imagens para, de maneira confusa ou ambígua, iludir o destinatário da informação.⁸⁵

Para Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, a publicidade deve seguir os seguintes princípios: logo ser identificada pelo consumidor; vincular no plano contratual, ou seja, o consumidor poderá exigir do fornecedor aquilo que foi veiculado na publicidade; conter informações verdadeiras; não poderá ser abusiva; e, sua fundamentação deverá ser transparente.⁸⁶

⁸³ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 63 e 137.

⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 311-312.

⁸⁵ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 53.

⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 328-329.

O CDC especificou normas referentes à publicidade de bens e serviços, a fim de evitar as chamadas publicidades enganosas e abusivas, protegendo o consumidor. Se o fornecedor optar por fazer publicidade de seu produto ou serviço, deverá observar essas regras.

1.3.7 Prevenção e reparação de danos materiais e morais

José Geraldo Brito Filomeno explica:

Quando se fala em *prevenção* de danos, fala-se certamente, em primeiro lugar, nas atitudes que as próprias empresas fornecedoras de produtos e serviços devem ter para que não venham a ocorrer danos ao consumidor ou a terceiros [...].⁸⁷ (grifo no original)

Contudo, também é incumbência do Poder Público prevenir a ocorrência de danos. Isto fica evidenciado quando é imputado a ele, por exemplo, o dever de fiscalizar determinado setor produtivo, impedindo que produtos sejam colocados à disposição do consumidor quando ainda em fase de fabricação.⁸⁸

No mais, o CDC especificou sanções administrativas e penais, cujo objetivo é compelir os fornecedores a praticarem atos no sentido de efetivar a prevenção de danos.⁸⁹

⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 148.

⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 148-149.

⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 149.

Rizzatto Nunes argumenta que é proibido o tarifamento, o que significa dizer que “o valor da indenização por danos materiais há de ser tal que possibilite a reabilitação *integral* do dano (emergente ou dos lucros cessantes)”⁹⁰. (grifo no original)

Assim, o princípio em questão tem o objetivo de manter estável o patrimônio do consumidor, devendo também os danos morais serem reparados em sua integralidade.⁹¹

No âmbito da reparação, para que os consumidores busquem a prevenção e reparação de danos, o CDC concedeu instrumentos processuais importantes e eficazes a eles, tais como a proteção individual e coletiva (interesses difusos e coletivos), e a inversão do ônus da prova.⁹²

O CDC assegura ao consumidor que sofrer danos devidos à aquisição de produtos ou serviços, ou até mesmo às vítimas de acidente de consumo – o que se verá mais adiante – o direito de ter ressarcido, integralmente, o prejuízo sofrido, seja este material e/ou moral.

1.3.8 Boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé é fundamentado na CRFB/88, quando este diploma legal, em seu art. 3º, inc. I, dispõe ser um dos objetivos

⁹⁰ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 142.

⁹¹ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 143.

⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 149.

fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade solidária.⁹³

Interessante é distinguir a boa-fé subjetiva da objetiva. A primeira é referente “à ignorância de uma pessoa acerca de um fato modificador, impeditivo ou violador de seu direito. É, pois, a falsa crença sobre determinada situação pela qual o detentor do direito acredita em sua legitimidade”.⁹⁴ Já a segunda, é a presente no CDC e, conforme Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Serrano, “consiste em um dever genérico de lealdade e transparência nas relações de consumo, devendo ser observada não apenas pelos fornecedores, como também pelos consumidores”.⁹⁵

Rizzatto Nunes complementa o entendimento acerca da boa-fé objetiva, ao mencionar que esta é:

Uma espécie de pré-condição abstrata de uma relação ideal (justa), disposta como um tipo ao qual o caso concreto deve se amoldar. Ela aponta, pois, para um comportamento fiel, leal, na atuação de cada uma das partes contratantes, a fim de garantir o respeito ao direito da outra. Ela é um modelo principiológico que visa garantir a ação e/ou conduta sem qualquer abuso ou nenhum tipo de obstrução ou, ainda, lesão à outra parte ou partes envolvidas na relação, tudo de modo a gerar uma atitude cooperativa que seja capaz de realizar o intento da relação jurídica legitimamente estabelecida.⁹⁶

Claudia Lima Marques afirma que a boa-fé objetiva possui três funções tradicionais:

⁹³ SILVA, Jorge Alberto de Quadros de Carvalho. **Código de defesa do consumidor anotado: e legislação complementar**. p. 17.

⁹⁴ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 131.

⁹⁵ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de defesa do consumidor interpretado**. p. 37.

⁹⁶ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 135.

1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos [como exemplo o dever de informar]; 2) como causa limitadora de exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos [como exemplo a definição de algumas cláusulas como abusivas]; e 3) na concreção e interpretação dos contratos.⁹⁷

Logo, não pode o consumidor utilizar-se do CDC de forma dissoluta para fins de locupletamento.⁹⁸

O dever de agir com boa-fé pertence tanto ao consumidor, quanto ao fornecedor. Ambos devem respeitá-la, a fim de possibilitar uma relação equilibrada, baseada em princípios éticos de lealdade, evitando abusos por quaisquer das partes.

1.3.9 Transparência

O princípio da transparência fundamenta o princípio da informação, no sentido de que o consumidor seja informado de tal forma que tenha total ciência da extensão das obrigações assumidas perante o fornecedor. Desta forma, não basta que o fornecedor se abstenha de falsear a verdade, mas sim deve repassar ao potencial consumidor o rol completo de informações indispensáveis à decisão de consumir/contratar ou não o fornecimento, seja ele de produto ou serviço.⁹⁹

⁹⁷ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 148.

⁹⁸ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de defesa do consumidor interpretado**. p. 38.

⁹⁹ SILVA, Jorge Alberto de Quadros de Carvalho. **Código de defesa do consumidor anotado: e legislação complementar**. p. 16.

Da transparência, decorrem os direitos à informação e à liberdade de escolha. Ainda, em razão desse princípio, deverá haver o destaque de cláusulas e a clareza da redação, conforme artigos 46 e 54, §3º, do CDC.¹⁰⁰

Com a nova concepção social do contrato adveio uma conseqüência que é a mudança do momento de proteção do direito. Claudia Lima Marques complementa acerca do assunto:

Não mais se tutela exclusivamente o momento da criação do contrato, a vontade, o consenso, mas, ao contrário, a proteção de normas jurídicas vai concentrar-se nos *efeitos* do contrato na sociedade, por exemplo, no momento de sua execução, procurando assim harmonizar os vários interesses e valores envolvidos e assegurar a justiça contratual.¹⁰¹ (grifo no original)

Assim, o princípio da transparência deverá ser observado antes de haver qualquer relação entre as partes, ou seja, no momento da oferta, e também em eventual conclusão do contrato, afetando a essência do negócio.¹⁰²

Por estar estritamente relacionado com o princípio do dever de informar do fornecedor, este deverá disponibilizar ao consumidor as informações mais completas possíveis acerca do produto ou serviço a ser adquirido.¹⁰³

Entende-se que o princípio da transparência também está intimamente ligado com a boa-fé objetiva. Pois, se o fornecedor possui informações negativas sobre seu produto ou serviço, tais como riscos à saúde e

¹⁰⁰ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 164.

¹⁰¹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 143.

¹⁰² MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 178.

¹⁰³ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 129.

segurança, ele deve informá-las ao consumidor, sem omitir qualquer dado, para que o consumidor tenha total conhecimento e possa optar conscientemente pelo consumo do bem ou serviço.

Já exposta a origem do CDC brasileiro e alguns de seus princípios, aqueles relevantes para este trabalho, passar-se-á a conceituar a relação de consumo e seus requisitos, bem como outros conceitos imprescindíveis para a compreensão do tema abordado.

CAPÍTULO 2

CONCEITOS FUNDAMENTAIS

O CDC introduziu conceitos legais, que possibilitam verificar se uma relação é de consumo ou não, tendo em vista que a relação consumerista existirá tão-somente se houver consumidor e fornecedor em lados opostos.

Além disso, o CDC inovou com a diferenciação de vício e defeito, estabelecendo suas características e conseqüências, as quais serão analisadas neste capítulo.

2.1 RELAÇÃO DE CONSUMO: CONCEITO E REQUISITOS

O CDC incide sobre toda e qualquer relação que possa ser caracterizada como de consumo.

Imprescindível, portanto, conceituar uma relação de consumo e estabelecer os requisitos indispensáveis para sua origem.

2.1.1 Conceito de relação de consumo

Conforme se denota do art. 1º do CDC, a relação de consumo irá existir quando de um lado estiver o consumidor e do outro, o fornecedor, sendo objeto dessa relação um produto ou a prestação de um serviço.

José Geraldo Brito Filomeno adiciona requisitos à caracterização da relação de consumo:

É mister acrescentar, ainda nesse passo, que a pedra de toque para que se considere que uma dada relação jurídica é ou não de consumo é a *destinação final* (de caráter prevalecte) e a *vulnerabilidade* (de caráter secundário).¹⁰⁴ (grifo no original)

Neste sentido, expressa como vê uma relação de consumo:

Pode-se dessarte inferir que toda relação de consumo: a) envolve basicamente duas partes bens definidas: de um lado, o adquirente de um produto ou serviço ("*consumidor*"), e, de outro, o fornecedor ou vendedor de um produto ou serviço ("*produtor/fornecedor*"); b) tal relação destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor; c) o consumidor, não dispondo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços.¹⁰⁵ (grifo no original)

O autor acima mencionado entende como sendo um traço marcante do conceito de consumidor a consideração de este ser vulnerável.¹⁰⁶

Logo, existirá uma relação de consumo quando estiverem presentes duas figuras: o consumidor, como destinatário final do produto ou serviço disponibilizado e adquirido no mercado de consumo; e o fornecedor, controlador da produção e limitador das ofertas disponíveis nesse mesmo mercado.

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 41.

¹⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 32.

¹⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 32.

2.1.2 Requisitos da relação de consumo

2.1.2.1 Consumidor

O CDC, em seu art. 2º, traz o conceito legal de consumidor, qual seja: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Esta concepção diz respeito ao consumidor *stricto sensu*.

José Geraldo Brito Filomeno esclarece que o conceito legal de consumidor tem caráter econômico, o qual somente considerou o personagem que adquire bens ou contrata alguma prestação de serviço como destinatário final. Entende-se, conseqüentemente, que referido indivíduo agiu para suprir uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de outra atividade negocial.¹⁰⁷

O supracitado doutrinador entende, por consumidor:

Qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço.¹⁰⁸

Já Rizzato Nunes, explica que o uso do verbo “adquirir”, deve ser compreendido em sentido mais amplo, devendo significar obter, seja de forma gratuita ou onerosa. Ainda, informa que também deve ser interpretado como a utilização ou consumo de produto ou serviço, mesmo que não os tenha adquirido.¹⁰⁹

¹⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 28.

¹⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 32.

¹⁰⁹ NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. p. 72/73.

Quanto à possibilidade de uma pessoa jurídica ser consumidora, deve-se, brevemente, discorrer acerca das teorias finalista e maximalista.

Sobre o tema, Claudia Lima Marques ensina com propriedade:

Interpretação finalista: Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família; consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. [...]

Interpretação maximalista: [...] O CDC seria um Código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo [...]. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensivamente possível [...]. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o *destinatário fático* do produto [...].¹¹⁰ (grifo no original)

José Geraldo Brito Filomeno explana que, apesar de dissentir o conceito trazido pelo CDC de consumidor e sua filosofia consumerista, a pessoa jurídica também poderá ser consumidora de produtos e serviços. Entretanto, a interpretação deve ser objetiva e feita caso a caso. Saliencia que a vulnerabilidade econômica deve ser considerada, assim como a utilização não profissional dos produtos e serviços.¹¹¹

É nesse sentido que o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo¹¹², pois segue a chamada “interpretação finalista aprofundada”, onde

¹¹⁰ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 84.

¹¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 35-37.

¹¹² Ementa: Consumidor. Recurso especial. Pessoa jurídica. Seguro contra roubo e furto de patrimônio próprio. Aplicação do CDC. - O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de

se faz “uma interpretação do campo de aplicação e das normas do CDC de forma mais subjetiva quanto ao consumidor, porém mais finalista e objetiva quanto à atividade ou o papel do fornecedor”.¹¹³

Tem-se, portanto, uma análise da vulnerabilidade da pessoa jurídica e a destinação do produto ou serviço contratado para se verificar a possibilidade de ela ser considerada consumidora e, por conseguinte, a aplicação do CDC naquela relação.¹¹⁴

No mesmo sentido, José Geraldo Brito Filomeno leciona que uma característica fundamental para se ter uma relação de consumo é:

Analisar se a aquisição ou utilização de produto ou serviço se dá **como destinação final**. Ou seja, e para ficar bem claro: se o produto ou serviço atende a uma necessidade efetiva ou imposta a uma pessoa jurídica **e não são utilizados como insumos, componentes ou valor agregado a outros produtos ou serviços**, então será ela, também, **consumidora, tal qual uma pessoa física**.¹¹⁵ (grifo no original)

Além do consumidor *stricto sensu*, há, também, a categoria de consumidor equiparado, estando prevista uma de suas espécies no parágrafo único do art. 2º do Código Consumerista:

Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços. - Se a pessoa jurídica contrata o seguro visando a proteção contra roubo e furto do patrimônio próprio dela e não o dos clientes que se utilizam dos seus serviços, ela é considerada consumidora nos termos do art. 2.º do CDC. Recurso especial conhecido parcialmente, mas improvido. (STJ, 3ª Turma. REsp. n. 733560/RJ. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Publicado em 02.05.2006).

¹¹³ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 85.

¹¹⁴ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p.85.

¹¹⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. p. 26.

Rizzatto Nunes explica:

A norma do parágrafo único do art. 2º pretende garantir a coletividade de pessoas que possam ser, de alguma maneira, afetadas pela relação de consumo. [...] Dessa maneira, a regra do parágrafo único permite o enquadramento de universalidade ou conjunto de pessoas, mesmo que não se constituam em pessoa jurídica. Por exemplo, a massa falida pode figurar na relação de consumo como consumidora ao adquirir produtos, ou, então, o condomínio, quando contrata serviços.¹¹⁶

Na mesma linha, o professor Waldírio Bulgarelli conceitua o consumidor do parágrafo único do art. 2º do CDC:

Aquele que se encontra numa situação de usar ou consumir, estabelecendo-se, por isso, uma relação atual ou potencial, fática sem dúvida, porém a que se deve dar uma valoração jurídica a fim de protegê-lo, quer evitando, quer reparando os danos sofridos.¹¹⁷

Outrossim, também são equiparados a consumidor toda vítima de evento danoso que não tenha sido consumidora direta, sendo esta denominada de *bystander* (art. 17 do CDC), e as pessoas expostas às práticas comerciais e contratuais previstas no CDC (art. 29 do mesmo diploma legal).¹¹⁸

O art. 17 do CDC diz respeito à Seção II do CDC, que trata da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço e nesta situação é que poderá haver a figura da vítima de evento danoso, o qual será tratado oportunamente.¹¹⁹

¹¹⁶ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 84.

¹¹⁷ BULGARELLI, Waldírio *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 42.

¹¹⁸ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 84-85.

¹¹⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. p. 28-29.

Rizzatto Nunes esclarece que o art. 29 do CDC dispõe acerca de todas as pessoas que forem expostas a alguma prática comercial, mesmo que não se possa identificar ao menos um consumidor real que pretenda insurgir-se em desfavor de tal prática.¹²⁰

O supracitado autor resume o art. 29:

Trata-se, portanto, praticamente de uma espécie de conceito difuso de consumidor, tendo em vista que desde já e desde sempre todas as pessoas são consumidoras por estarem potencialmente expostas a toda e qualquer prática comercial.¹²¹

José Geraldo Brito Filomeno salienta que o já mencionado dispositivo legal está disposto na seção e capítulo que cuidam das práticas comerciais, onde estão incluídas a oferta de produtos e serviços, a publicidade, as práticas abusivas, cobrança de dívidas, entre outras. Para que se entenda o alcance do art. 29, deve-se recorrer ao art. 81, inc. I, do CDC, que trata do interesse ou direito difuso, podendo ser compreendido como aquele direito que pertence a um número indefinido de pessoas, sendo indivisível por atingir todas essas pessoas indeterminadas.¹²²

Consumidor, portanto, poderá ser considerado todo aquele que adquire produto ou serviço como destinatário final, inclusive a pessoa jurídica, nas condições explanadas anteriormente.

Equiparam-se ao consumidor a coletividade de pessoas, como aquelas expostas à publicidade e às práticas comerciais, e a vítima de um acidente de consumo, quando o produto ou serviço contiver algum defeito, situação esta que será explicada posteriormente.

¹²⁰ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 85.

¹²¹ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 85.

¹²² FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. p. 29-30.

2.1.2.2 *Fornecedor*

O conceito legal de fornecedor está estabelecido no art. 3º do CDC:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Impende salientar, inicialmente, que fornecedor é o gênero, possuindo como espécies o fabricante, o produtor, o construtor, o importador e o comerciante.¹²³

Para Claudia Lima Marques, a definição trazida pelo art. 3º do CDC é ampla:

Quanto ao fornecimento de produtos, o critério caracterizador é desenvolver *atividades* tipicamente *profissionais* como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de uma certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos. Estas características vão excluir da aplicação das normas do CDC todos os contratos firmados entre dois consumidores, não profissionais, que são relações puramente civis, às quais se aplica o CC/2002. [...]. Quanto ao fornecimento de serviços, a definição do art. 3º do CDC foi mais concisa e, portanto, de interpretação mais aberta: menciona apenas o critério de desenvolver *atividade de prestação de serviços*.¹²⁴ (grifo no original)

Rizzatto Nunes chama atenção para o uso do termo “atividades”. Isto porque, para o CDC, deve ser interpretado em seu sentido tradicional. Há a atividade típica e a atividade eventual. A primeira tem-se quando

¹²³ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 90.

¹²⁴ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 113.

o comerciante, que está regularmente estabelecido, pratica a atividade típica prevista em seu estatuto. Este mesmo fornecedor poderá praticar atividade atípica, quando age em situação diversa da descrita em seu estatuto, e poderá fazê-la de forma eventual ou rotineira. Já a pessoa física, “vai exercer atividade atípica ou eventual quando praticar atos do comércio ou indústria”.¹²⁵

Rizzatto Nunes esclarece:

É importante centrar a atenção no conceito de atividade, porque, de um lado, ele designará se num dos pólos da relação jurídica está o fornecedor, com o que se poderá definir se há ou não relação de consumo (para tanto, terá de existir no outro pólo o consumidor). E isto porque será possível que a relação de venda de um produto, ainda que feita por um comerciante, não implique estar-se diante de uma relação de consumo regulada pelo CDC.¹²⁶

José Geraldo Brito Filomeno entende que são fornecedores todos aqueles que ofertem produtos e serviços no mercado de consumo, suprindo, assim, as necessidades dos consumidores, prescindível saber a que título. Todavia, em caso de responsabilização é necessário distinguir as diversas espécies de fornecedor.¹²⁷

Complementa, ainda, o citado autor:

Tem-se, por conseguinte, que fornecedor é qualquer *pessoa física*, ou seja, qualquer um que, a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil e de **forma habitual**, ofereça no mercado produtos ou serviços, e a *jurídica*, da mesma

¹²⁵ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**.p. 86.

¹²⁶ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 86-87.

¹²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 47.

forma, mas em associação mercantil o civil e de **forma habitual**.¹²⁸ (grifou-se)

Esclarece José Geraldo Brito Filomeno que também são fornecedores: o Poder Público, por si ou por meio de suas empresas públicas ou de suas concessionárias de serviços públicos, e os entes despersonalizados, que são aqueles que, mesmo não dotados de personalidade jurídica, exercem atividades produtivas de bens e serviços. Deve-se ter em mente que entidades associativas não são fornecedores, como exemplos, os condomínios e as associações desportivas.¹²⁹

Sobre este tema, Rizzato Nunes aprofunda quanto aos entes despersonalizados:

Já a colocação do termo “ente despersonalizado” leva-nos a pensar primeiramente na massa falida, o que é adequado. Importante notar que, apesar de uma pessoa jurídica falir, existirão no mercado produtos e, eventualmente, resultados dos serviços que ela ofereceu e efetivou, que continuarão sob a proteção da lei consumerista. [...] Há, também, a hipótese da quebra da pessoa jurídica com a continuidade das atividades, o que não gerará, então, a solução de continuidade do fornecimento de produtos e serviços. Além disso, é de enquadrar no conceito de ente despersonalizado as chamadas “pessoas jurídicas de fato”: aquelas que, sem constituir uma pessoa jurídica, desenvolvem, de fato, atividade industrial, comercial, de prestação de serviços etc.¹³⁰

No que diz respeito à pessoa física, deve-se atentar, primeiramente, para o profissional liberal que, ao prestar serviços a um consumidor, será submetido ao regime do CDC. Ainda, pode-se enquadrar aqui a

¹²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 47.

¹²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto.p. 47-49.

¹³⁰ NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. p. 88-89.

pessoa física que exerce atividade eventual, sem ter-se estabelecido como pessoa jurídica. Por fim, também se encaixará neste conceito aquele que prestar serviços mesmo não se caracterizando como profissional liberal, como exemplos o eletricitista e o encanador.¹³¹

Para Claudia Lima Marques não se deve olvidar de que:

O art. 3º do CDC bem especifica que o sistema de proteção ao consumidor considera como fornecedores a todos os que participam da cadeia de fornecimento de produtos e da cadeia de fornecimento de serviços (o organizador da cadeia e os demais partícipes do fornecimento direto e indireto, mencionados genericamente como “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de (...) prestação de serviços”), não importando sua relação direta ou indireta, contratual ou extracontratual com o consumidor.¹³²

Simplificando, José Geraldo Brito Filomeno, sustenta que fornecedor: “Em última análise, é todo aquele que **provê o consumidor de produtos e serviços**”.¹³³ (grifo no original).

Assim, fornecedor é o gênero que comporta todas as demais qualificações trazidas pelo CDC, tais como: fabricante, produtor, construtor, importador e comerciante, sendo que fornecedor será toda pessoa, seja ela física ou jurídica, que exercer atividade comercial e de forma habitual, disponibilizando seus produtos e serviços no mercado de consumo.

¹³¹ NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. p. 89-90.

¹³² MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 116.

¹³³ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. p. 32.

2.1.2.3 Produto

Segundo o parágrafo primeiro do art. 3º do CDC, produto “é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

José Geraldo Brito Filomeno entende que seria mais adequado utilizar o termo “bens” ao invés de “produtos”, uma vez que a primeira expressão é muito mais abrangente que a segunda. Esclarece que esse aspecto resta ainda mais claro quando se tem em mente que se deverá tratar bens como reais objetos das relações consumeristas, ou seja, aquilo que está entre os dois sujeitos destas relações, a saber: consumidores e fornecedores.¹³⁴

Na percepção deste doutrinador, “*produto (entenda-se ‘bens’) é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final*”.¹³⁵ (grifo no original).

E, ainda, complementa informando:

Na versão original da Comissão Especial do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, bem como no texto final aprovado pelo plenário do referido órgão extinto pelo atual governo federal, em todos os momentos se fala em “*bens*” – termo tal que de resto é inequívoco e genérico, exatamente no sentido de apontar para o aplicador do Código de Defesa do Consumidor os reais objetos de interesses nas relações de consumo.¹³⁶

¹³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 51.

¹³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 52.

¹³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 52.

Dito isso, impende definir o que são produtos móveis e imóveis, materiais e imateriais e duráveis e não duráveis.

Rizzatto Nunes ensina que o sentido dos termos “móvel” e “imóvel” é o mesmo do direito civil¹³⁷, contidos nos art. 79 a 83 do atual Código Civil¹³⁸.

Para José Geraldo Brito Filomeno, bens materiais são “aqueles tangíveis, com consistência (peso, formato, características, valores agregados)”, enquanto que os bens imateriais são “aqueles que, embora não tangíveis, são igualmente objeto de consumo”. Ilustra como exemplo de bens imateriais os programas de computadores, que possuem o trabalho intelectual de seu criador.¹³⁹

Tem-se, também, como exemplos de bens imateriais as atividades bancárias, tais como o mútuo, a aplicação em renda fixa etc..¹⁴⁰

¹³⁷ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 91.

¹³⁸ Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;

II - o direito à sucessão aberta.

Art. 81. Não perdem o caráter de imóveis:

I - as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local;

II - os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

I - as energias que tenham valor econômico;

II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;

III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

¹³⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. p. 34.

¹⁴⁰ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 92.

Como produtos duráveis devem ser entendidos aqueles que não se extinguem com o uso, possibilitando sua utilização por diversas vezes. Contudo, deve-se ter ciência que nenhum produto é eterno, pois é normal que ocorra seu desgaste com o passar do tempo e seu uso, não havendo, em regra, proteção legal contra o desgaste natural.¹⁴¹

Por outro norte, existem os produtos não duráveis, os quais se acabam com o uso ou vão se extinguindo com o uso, pois não possuem durabilidade. Aqui figuram como exemplos os alimentos, os remédios etc..¹⁴²

Rizzatto Nunes esclarece:

O fato de todo produto não se extinguir de uma só vez não lhe tira a condição de “não durável”. O que caracteriza essa qualificação é sua maneira de extinção “enquanto” é utilizado. É exatamente daí que surge a diferença específica do produto durável descartável. Enquanto este permanece quase tal como era após utilizado, o produto “não durável” perde totalmente sua existência com o uso ou, ao menos, vai perdendo-a aos poucos com sua utilização.¹⁴³

Salienta-se, ainda, que o produto “descartável” não possui um conceito legal, mas é tido como um produto durável de baixa durabilidade ou que apenas pode se utilizado uma única vez.¹⁴⁴

Rizzatto Nunes chama atenção, também, para o produto gratuito ou a amostra grátis, sustentando que é “sanção imposta ao fornecedor que descumpra as regras estabelecidas”, ou seja, quando o consumidor recebe um produto, sem solicitá-lo previamente, está isento de pagar por ele. Qualquer

¹⁴¹ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 92.

¹⁴² NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 93.

¹⁴³ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 94.

¹⁴⁴ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 93.

produto dado como amostra grátis deve respeitar todas as exigências legais trazidas no CDC, tais como garantia e proteção contra vícios e defeitos.¹⁴⁵

O produto, então, será o objeto da relação de consumo, que irá satisfazer a necessidade do consumidor. Tal bem, termo utilizado pelo próprio CDC, poderá ser móvel ou imóvel, material ou imaterial, durável ou não durável.

A relação entre consumidor e fornecedor também poderá ter objeto diverso, o serviço, que será exposto a seguir.

2.1.2.4 Serviço

Ainda no art. 3º, o CDC traz o conceito de serviço, no seu parágrafo segundo:

Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Importante salientar, inicialmente, que neste conceito não se incluem os tributos em geral, tampouco taxas e contribuições de melhoria, pois estas pertencem ao âmbito das relações de caráter tributário.¹⁴⁶ Contudo, José Geraldo Brito Filomeno explica:

Não se há de confundir, por outro lado, referidos tributos com as “*tarifas*”, estas, sim, inseridas no contexto dos “*serviços*” ou, mais particularmente, “*preço público*”, pelos “*serviços*” prestados

¹⁴⁵ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 94-95.

¹⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 53.

diretamente pelo Poder Público, ou então mediante sua concessão ou permissão pela iniciativa privada.¹⁴⁷

Desta forma, os serviços prestados pelo Poder Público ou por suas concessionárias ou permissionárias estão sob a égide do CDC.

Vidal Nunes Júnior e Yolanda Serrano explicitam que serviço “consiste na prestação positiva de algo economicamente relevante de uma parte a outra mediante contraprestação igualmente de ordem econômica (remuneração)”.¹⁴⁸

Claudia Lima Marques marca, como fundamental, o termo trazido pelo parágrafo segundo do art. 3º do CDC “mediante remuneração” e expõe seu motivo:

O que significaria esta troca entre a tradicional classificação dos negócios como “onerosos” e gratuitos por remunerados e não remunerados? Parece-me que a opção pela expressão “remunerado” significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos) ou quando ele paga indiretamente o “benefício gratuito” que está recebendo.¹⁴⁹

Assim, entende-se ser possível a proteção do CDC sobre todos aqueles contratos em que seja identificada a contraprestação, mesmo que esta não esteja muito evidente (sinalagma escondido). Até mesmo os contratos

¹⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 53.

¹⁴⁸ JÚNIOR NUNES, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de defesa do consumidor interpretado**. p. 28.

¹⁴⁹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 114.

caracterizados como unilaterais, tais como o mútuo e a poupança popular, possuem uma contraprestação escondida e são remunerados.¹⁵⁰

A remuneração, seja ela direta ou indireta, caracteriza-se quando há um ganho, também direto ou indireto, para o fornecedor. Já a gratuidade configura-se quando, por não pagar nada, o consumidor não sofre perda alguma em seu patrimônio. Por sua vez, oneroso é o serviço que exige contraprestação do consumidor.¹⁵¹

Complementa Claudia Lima Marques:

O serviço de consumo (por exemplo, transporte) é que deve ser “remunerado”; não se exige que o consumidor (por exemplo, o idoso destinatário final do transporte – art. 230, §2º, da CF/1988) o tenha remunerado diretamente, isto é, que para ele seja “oneroso” o serviço; também não importa se o serviço (o transporte) é gratuito para o consumidor, pois nunca será “desinteressado” ou de “mera cortesia” se prestado no mercado de consumo pelos fornecedores que são remunerados (indiretamente) por este serviço.¹⁵²

Na prática, há três hipóteses: ou o serviço é remunerado pelo consumidor de forma direta; ou o serviço é remunerado de forma indireta, não sendo oneroso para o consumidor, sem haver enriquecimento ilícito do fornecedor; ou o serviço não é oneroso de forma alguma (serviço gratuito propriamente dito) e, conseqüentemente, o fornecedor não recebe nenhuma contraprestação.¹⁵³

¹⁵⁰ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 114.

¹⁵¹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 114.

¹⁵² MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 115.

¹⁵³ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 115.

Rizzatto Nunes compartilha da mesma idéia:

Antes de mais nada, consigne-se que praticamente nada é gratuito no mercado de consumo. Tudo tem, na pior das hipóteses, um custo, e este acaba, direta ou indiretamente, sendo repassado ao consumidor. [...] Logo, quando a lei fala em “remuneração” não está necessariamente se referindo a preço ou preço cobrado. Deve-se entender o aspecto “remuneração” no sentido estrito de qualquer tipo de cobrança ou repasse, direto ou indireto.¹⁵⁴

Citado doutrinador classifica os serviços como duráveis e não duráveis. Os últimos são “aqueles que, de fato, exercem-se uma vez prestados, tais como, por exemplo, os serviços de transporte, de diversões públicas, de hospedagem etc.”. Por sua vez, os serviços duráveis são aqueles que:

a) tiverem continuidade no tempo em decorrência de uma estipulação contratual. São exemplos a prestação dos serviços escolares, os chamados planos de saúde etc. [...] b) embora típicos de não durabilidade e sem estabelecimento contratual de continuidade, deixarem como resultado um produto. Por exemplo, a pintura de uma casa, [...], os serviços de assistência técnica.¹⁵⁵

O legislador, ao incluir os serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários ao final do parágrafo segundo do art. 3º do CDC, quis reforçar a existência de relação de consumo nos serviços dessa natureza.¹⁵⁶

Contudo, mesmo com a disposição expressa, muitas foram as disputas judiciais acerca da aplicação do CDC nas relações jurídicas entre,

¹⁵⁴ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 102.

¹⁵⁵ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 100.

¹⁵⁶ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 95.

principalmente, bancos e seus clientes. Tanto é que no ano de 2004, o STJ sumulou¹⁵⁷ o assunto.¹⁵⁸

Não bastasse, foi proposta ADIn¹⁵⁹ pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro, cujo objetivo era a declaração da inaplicabilidade do CDC para as instituições financeiras. Em junho de 2006, referida ADIn foi julgada improcedente, por nove votos a dois.¹⁶⁰

Para finalizar a celeuma, os serviços bancários são caracterizados como relações de consumo em virtude de quatro motivos: a) são remunerados; b) são ofertados de forma ampla e geral; c) aqueles que fruem

¹⁵⁷ Súmula 297 do STJ: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

¹⁵⁸ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 96.

¹⁵⁹ ADIn nº 2591 / DF, da qual houve embargos de declaração e eis a ementa destes: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LEGITIMIDADE RECURSAL LIMITADA ÀS PARTES. NÃO CABIMENTO DE RECURSO INTERPOSTO POR AMICI CURIAE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA CONHECIDOS. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO. ALTERAÇÃO DA EMENTA DO JULGADO. RESTRIÇÃO. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Embargos de declaração opostos pelo Procurador Geral da República, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON e pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC. As duas últimas são instituições que ingressaram no feito na qualidade de amici curiae. 2. Entidades que participam na qualidade de amici curiae dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que aportem aos autos informações relevantes ou dados técnicos. Decisões monocráticas no mesmo sentido. 3. Não conhecimento dos embargos de declaração interpostos pelo BRASILCON e pelo IDEC. 4. Embargos opostos pelo Procurador Geral da República. Contradição entre a parte dispositiva da ementa e os votos proferidos, o voto condutor e os demais que compõem o acórdão. 5. Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: ART. 3º, § 2º, DO CDC. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. Ação direta julgada improcedente. (STF, ADI-ED 2591 / DF. Relator Ministro Eros Grau. Decisão publicada em 13-4-2007).

¹⁶⁰ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 96.

desses serviços são vulneráveis, segundo disciplina o CDC; d) são prestados de forma habitual e profissional.¹⁶¹

Mesmo que por óbvio, Vidal Nunes Júnior e Yolanda Serrano fazem questão de deixar claro a razão das relações de caráter trabalhista não serem consideradas de consumo, conforme o último parágrafo do art. 3º do CDC:

Finalizando o ponto, excluiu o legislador as atividades de caráter trabalhista que, por óbvio, não se encontram sob a égide do Código, caracterizadas que estão pela subordinação e habitualidade, escapando do intento destes comentários maiores distinções a esse respeito.¹⁶²

Por fim, convém citar Rizzatto Nunes:

Não se vende produto sem serviço: Ora, atendimento ao consumidor é prestação de serviços. Temos de lembrar, então, que qualquer venda de produto implica a simultânea prestação de serviço. O inverso não é verdadeiro: há serviços sem produtos.¹⁶³

Serviço, portanto, é a prestação de alguma atividade, objeto da relação de consumo, em que o consumidor remunera, direta ou indiretamente, o prestador de serviços pela sua execução, excluindo-se as atividades de caráter trabalhista, pois estas possuem diferentes características e são regidas por leis próprias.

¹⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 55.

¹⁶² NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de defesa do consumidor interpretado**. p. 29.

2.2 VÍCIO DO PRODUTO OU SERVIÇO

Os vícios são características inerentes, intrínsecas ao produto ou serviço, ou seja, são “as características de qualidade ou quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e também que lhes diminuam o valor”.¹⁶⁴

A desigualdade entre o conteúdo e o indicativo constante no recipiente, rotulagem, embalagem, oferta ou mensagem publicitária também é um vício.¹⁶⁵

Claudia Lima Marques, ao comparar o vício redibitório disciplinado no atual Código Civil e o vício originado pelo CDC, menciona:

O vício, enquanto instituto do chamado direito do consumidor, é mais amplo e seu regime mais objetivo: não basta a simples qualidade média do produto, é necessária a sua adequação objetiva, a possibilidade de que aquele bem satisfaça a confiança que o consumidor nele depositou, sendo o vício oculto ou aparente.¹⁶⁶

O vício aparente é de fácil constatação, aparecendo no simples uso e consumo do produto ou serviço; enquanto o vício oculto somente torna-se perceptível depois de algum ou muito tempo após o uso, não podendo ser detectado na utilização habitual.¹⁶⁷

¹⁶³ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 101.

¹⁶⁴ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 180.

¹⁶⁵ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 180.

¹⁶⁶ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 336.

¹⁶⁷ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 181.

No entanto, quando se trata de vício oculto, mesmo que não seja visível inicialmente, ele deve existir desde a celebração do contrato entre consumidor e fornecedor.¹⁶⁸

Os vícios também podem ser de quantidade ou qualidade. Nos vícios de quantidade, o produto ou serviço está com seus caracteres originais, sendo que o problema encontra-se na quantidade informada ao consumidor que difere com a quantidade efetivamente usufruída.¹⁶⁹ Já nos vícios de qualidade, “há alteração na substância do produto, de forma a tornar possível a verificação de impropriedade que lhe retira atributos inerentes à sua espécie”.¹⁷⁰

O produto ou serviço deverá corresponder com as informações prestadas pelo fornecedor quando da oferta. Se houver alguma diferença na quantidade ou qualidade do objeto da relação de consumo, isso será um vício, pois torna o produto ou serviço impróprio para o consumo/utilização ou diminui-lhes o valor econômico.

2.3 DEFEITO DO PRODUTO OU SERVIÇO

Inicialmente, deve-se ter em mente que existe vício sem defeito, mas não há defeito sem vício.¹⁷¹

Assim, Rizzatto Nunes conceitua:

¹⁶⁸ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de defesa do consumidor interpretado**. p. 88.

¹⁶⁹ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de defesa do consumidor interpretado**. p. 87.

¹⁷⁰ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de defesa do consumidor interpretado**. p. 87.

¹⁷¹ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 181.

O defeito é o vício acrescido de um problema extra, alguma coisa extrínseca ao produto ou serviço, que causa um dano maior que simplesmente o mau funcionamento, o não-funcionamento, a quantidade errada, a perda do valor pago – já que o produto ou serviço não cumpriram o fim ao qual se destinavam. O defeito causa, além desse dano do vício, outro ou outros danos ao patrimônio jurídico material e/ou moral e/ou estético e/ou à imagem do consumidor.¹⁷²

Ao tempo em que o vício pertence ao produto ou serviço, o defeito vai além destes, atingindo o consumidor não somente em seu patrimônio material, mas também o moral, estético. Logo, o acidente de consumo acontece quando há um defeito e o consumidor é atingido.¹⁷³

Na percepção de Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Alves Pinto Serrano, a idéia de defeito está diretamente ligada à segurança do produto ou serviço, ou seja, a segurança que o consumidor pode esperar daquele bem, de acordo com as características deste.¹⁷⁴

Por sua vez, Zelmo Denari informa que a doutrina costuma apontar três modalidades de defeitos dos produtos e são elas:

- a) *defeito de concepção*, também designado de *criação*, envolvendo os vícios de projeto, formulação, inclusive *design* dos produtos [por exemplo, erro no projeto ou escolha de material inadequado];
- b) *defeito de produção*, também denominado *fabricação*, envolvendo os vícios de fabricação, construção, montagem, manipulação e acondicionamento dos produtos;
- c) *defeito de informação* ou de *comercialização*, que envolve a apresentação, informação insuficiente ou inadequada, inclusive a

¹⁷² NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 181.

¹⁷³ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 181.

¹⁷⁴ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de defesa do consumidor interpretado**. p. 67.

publicidade, elemento faltante no elenco do art. 12 [do CDC].¹⁷⁵
(grifo no original)

Deve-se atentar ao fato de que um produto não será considerado defeituoso em razão de um outro de melhor qualidade ter sido colocado à disposição no mercado de consumo.¹⁷⁶

Para que um produto ou serviço seja defeituoso, é necessário que o dano provocado ao consumidor/vítima do acidente de consumo vá além da simples perda do valor econômico do objeto da relação de consumo, atingindo também o aspecto moral, estético e/ou patrimonial do consumidor lesado.

Determinados e analisados os principais conceitos do Código de Defesa do Consumidor, o próximo capítulo tratará da responsabilidade civil, incluindo a do fabricante de cigarro quando ocorre o evento morte de um fumante.

¹⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 192.

¹⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 195.

CAPÍTULO 3

A RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE DE CIGARRO QUANDO DA MORTE DE FUMANTE

A responsabilidade civil do fabricante de cigarro, assunto central deste trabalho, deve ser analisada a partir do CDC, que dispõe acerca da responsabilidade objetiva do fornecedor.

Neste capítulo, tratar-se-á da ocorrência da responsabilidade objetiva e as excludentes de nexo causal que, conseqüentemente, desoneram o fornecedor no que tange à sua responsabilidade.

Inicialmente, deve-se entender o significado do termo responsabilidade, que, nas palavras de De Plácido e Silva:

*Exprime a obrigação de responder por alguma coisa. [...] A responsabilidade, portanto, tem ampla significação, revela o *dever jurídico*, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para *satisfazer a prestação convencionada* ou para *suportar as sanções legais*, que lhe são impostas.¹⁷⁷ (grifo no original)*

Simplifica José Geraldo Brito Filomeno, que entende por responsabilidade civil “a circunstância de alguém ter de ressarcir algum prejuízo causado a outrem”.¹⁷⁸

O CDC optou pela responsabilidade civil objetiva, em razão da vulnerabilidade do consumidor em uma relação de consumo, uma vez que

¹⁷⁷ SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. p. 1222.

¹⁷⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. p. 146.

seria penoso, e talvez até mesmo, em alguns casos, impossível ao consumidor comprovar que o dano foi causado por dolo ou culpa.¹⁷⁹

Tal modalidade de responsabilidade também se deve face:

(a) a produção em massa [...]; (b) a vulnerabilidade do consumidor [...]; (c) a insuficiência da responsabilidade subjetiva [...]; (d) o fornecedor há de responder pelos riscos que seus produtos acarretam, que já lucra com sua venda [...]; (e) o produto ou o serviço, uma vez concebidos e colocados no mercado, com defeito relativo à sua concepção, execução ou informações, ganham vida própria, donde a máxima *res ipsa loquitur* [a coisa fala por si mesma] [...]; (f) em decorrência de antecedentes legislativos, ainda que limitados a certas atividades [...].¹⁸⁰ (grifo no original)

Assim, a responsabilidade existirá quando houver de um lado alguém que causou prejuízo e do outro, alguém que sofreu o prejuízo. Sendo a responsabilidade objetiva, que foi a opção escolhida pelo CDC face à vulnerabilidade do consumidor, a existência de culpa é irrelevante, como a seguir se verá.

3.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR

O CDC adotou postulados da responsabilidade objetiva, pois não considera, no que tange à produção de provas, investigação relacionada à conduta do fornecedor.¹⁸¹

¹⁷⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. p. 146.

¹⁸⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. p. 147-148.

¹⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 191.

Diferentemente é a teoria subjetiva, pois, conforme ensina Claudia Lima Marques:

Afirma que, para responsabilizarmos alguém, é necessário que a este possa ser imputada alguma conduta contrária ao direito (antijurídica), e que tenha esta pessoa agido com *culpa* (negligência, imperícia, imprudência), exigindo-se a prova da culpa.¹⁸²

A responsabilidade objetiva disciplinada no CDC decorre da teoria do risco do empreendimento, em que aquele que se dispõe a exercer qualquer atividade no mercado de consumo deve ter o dever de responder por eventuais vícios ou defeitos dos produtos e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Logo, o fornecedor passa a ser responsável pelos bens e serviços que disponibiliza no mercado de consumo, inclusive no que tange à qualidade e segurança dos mesmos.¹⁸³

Ressalta Claudia Lima Marques que não existe responsabilidade sem culpa. O máximo que se admite é a presunção absoluta da culpa.¹⁸⁴

Acerca da responsabilidade objetiva adotada pelo CDC, leciona Zelmo Denari:

A abolição do elemento subjetivo da culpa na aferição da responsabilidade não significa exclusão dos demais pressupostos já comentados, a saber: *eventus damni* [resultado do dano],

¹⁸² MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 259.

¹⁸³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 5 ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 475.

¹⁸⁴ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. p. 259.

defeito do produto, bem como relação de causalidade entre ambos.¹⁸⁵

Sintetiza o assunto, Jorge Alberto de Quadros de Carvalho
Silva:

A responsabilidade do fornecedor é objetiva, decorrente dos riscos criados pela colocação de seu produto no mercado de consumo, cuja onerosidade gerada não deve ser compartilhada ou suportada pelo consumidor, pessoa que, em tese, desconhece os métodos e os mecanismos de produção. Não há lugar para a discussão da culpa, a violação do dever de cuidado objetivo, por imprudência, negligência ou imperícia – salvo quando imputada ao consumidor ou a terceiro [art. 12, §3º, III do CDC].¹⁸⁶

Salienta Zelmo Denari que o art. 12 do CDC, o qual trata da responsabilidade pelo fato do produto, responsabilizou o fabricante, o produtor, o construtor e o importador, excluindo, em primeira intenção, a figura do comerciante.¹⁸⁷

Finalizando o ponto, Sergio Cavaliere Filho esclarece sobre a responsabilidade preconizada no art. 12 do CDC, ou seja, aquela decorrente de acidente de consumo:

Em conclusão, a responsabilidade do fornecedor decorre da violação do dever de não colocar no mercado produtos e serviços sem a segurança legitimamente esperada, cujos defeitos acarretam riscos à integridade física e patrimonial dos consumidores. Ocorrido o acidente de consumo, o fornecedor terá

¹⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 191.

¹⁸⁶ SILVA, Jorge Alberto de Quadros de Carvalho. **Código de defesa do consumidor anotado**: e legislação complementar. p. 68.

¹⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 189.

que indenizar a vítima independentemente de culpa, ainda que não exista entre ambos qualquer relação contratual.¹⁸⁸

Restou estabelecido, portanto, que o fornecedor deve arcar integralmente com os riscos de seu empreendimento e, para tanto, o CDC adotou a responsabilidade objetiva, a qual prescinde de conduta culposa do agente causador do dano ao consumidor; porém, exige certos requisitos, os quais serão analisados adiante.

3.1.1 Pressupostos necessários para sua incidência

As ações ajuizadas por famílias de falecidos fumantes, que buscam a responsabilização das empresas fabricantes de cigarro, têm como argumento o cigarro como um produto defeituoso. Logo, tal matéria é regulada pelo art. 12 do CDC, ou seja, a responsabilidade pelo fato do produto, a qual se analisará a partir de então.

Relembra-se que fato do produto é a ocorrência externa que causa dano material e/ou moral ao consumidor, originado de um defeito do bem adquirido.¹⁸⁹

Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Serrano dissertam:

A responsabilidade preconizada no Código compõe-se de três elementos essenciais: o defeito, o dano e o nexo de causalidade entre ambos, de modo que, inexistindo um dos três elementos, ausente será o direito a indenização. Contudo, é forçoso convir que, de acordo com o disposto no art. 6º, VIII, do Código, e em análise conjugada com este artigo [art. 12 do CDC], ao

¹⁸⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. p. 478.

¹⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. p. 475.

consumidor cabe a descrição e prova da ocorrência do dano, até para fundamentar seu interesse de agir, mas, no que toca à existência dos demais elementos, deverá ser aplicada, se necessário, a regra da inversão do ônus da prova.¹⁹⁰

Por conseguinte, tratar-se-á dos elementos necessários da responsabilidade objetiva preconizada no CDC: a existência de defeito, dano e nexos de causalidade.

3.1.1.1 Defeito, dano e nexos de causalidade

O “defeito do produto” já foi abordado no segundo capítulo deste trabalho, motivo pelo qual apenas se menciona que sua ocorrência é um dos pressupostos para gerar a responsabilização em casos de acidente de consumo.

No que tange ao dano, este é um prejuízo sofrido pelo consumidor¹⁹¹, ou seja, é uma lesão de um bem jurídico, quer seja patrimonial ou moral. O dano resultará em uma “diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc”.¹⁹²

Já nexos causal ou nexos de causalidade, “é o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”.¹⁹³ Como a

¹⁹⁰ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de defesa do consumidor interpretado**. p. 65-66.

¹⁹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 7. ed. v. IV São Paulo: Atlas, 2007. p. 31.

¹⁹² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. p. 89.

¹⁹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. p. 66.

responsabilidade é objetiva e não se discute conduta, o vínculo é entre o defeito e o resultado (dano).

O professor Rizzatto Nunes entende que é incumbência do consumidor a prova do dano e do nexo de causalidade entre o dano e o produto, com a devida indicação do fornecedor/fabricante do produto. No entanto, o CDC, em seu art. 6º, inc. VIII, permite a inversão do ônus da prova, o que poderá ocorrer para a produção da prova neste caso, se preenchidos os requisitos do mencionado dispositivo legal.¹⁹⁴

Vislumbra-se que, apesar do CDC ter adotado a responsabilidade objetiva, o consumidor deve demonstrar o dano ocorrido e o nexo causal. No entanto, quando da produção de provas, se presentes os requisitos do art. 6º, inc. VIII do CDC, o magistrado pode determinar a inversão do ônus da prova, isto é, passará a ser incumbência do fornecedor comprovar a quebra do nexo de causalidade para que não seja responsabilizado pelo dano. As razões que ensejam tal rompimento do nexo causal serão tratadas no próximo tópico.

3.2 EXCLUSÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE

Frisa-se que a responsabilidade estabelecida no CDC, segundo Rizzatto Nunes, é a do risco integral. Isso significa dizer que não existem excludentes de responsabilidade no sistema consumerista. O que o fornecedor pode demonstrar é a ocorrência de excludentes do nexo de causalidade, ou seja, provar que inexistente relação entre ele, fornecedor, e o dano/defeito.¹⁹⁵

¹⁹⁴ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 283-284.

¹⁹⁵ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 284.

A maioria dos doutrinadores defende a aplicação, nas relações consumeristas, da exclusão do nexo de causalidade em face do caso fortuito e da força maior, pois são acontecimentos que, segundo Zelmo Denari, “ditados por forças físicas da natureza ou que, de qualquer forma, escapam ao controle do homem – tanto podem ocorrer antes como depois da introdução do produto no mercado de consumo”.¹⁹⁶

Sérgio Cavaleiri Filho explica melhor essa questão, pois diferencia o “fortuito interno” e o “fortuito externo”. O primeiro diz respeito a um fato imprevisível e inevitável ocorrido durante a fabricação do produto ou da prestação do serviço, não excluindo a responsabilidade do fornecedor, já que tal acontecimento está relacionado aos riscos do empreendimento. Já o “fortuito externo” não tem vínculo algum com a atividade do fornecedor, vez que acontece em momento posterior ao da fabricação e formulação do produto ou serviço, abrangido pela inexistência de defeito, causa de excludente do nexo causal.¹⁹⁷

Assim, citado autor entende que o “fortuito externo” é verdadeira força maior, não guardando relação com o produto ou serviço, sendo, portanto, causa de excludente do nexo de causalidade.¹⁹⁸

Todavia, vale lembrar que, para parte da doutrina, o rol do art. 12, §3º é taxativo, isto é, nenhuma outra hipótese, a não ser aquelas ali previstas, desobriga o responsável pelo produto defeituoso. Assim, “caso fortuito” e “força maior” não excluem o nexo de causalidade em caso de fato do produto, até mesmo porque essas excludentes de responsabilidade disciplinadas no Código Civil são advindas da conduta do agente e, na responsabilidade objetiva disposta no CDC, não se fala em conduta.¹⁹⁹

¹⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 199.

¹⁹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. p. 513.

¹⁹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. p. 514.

¹⁹⁹ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 285.

Dispõe o art. 12, §3º do CDC:

O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I – que não colocou o produto no mercado;

II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

O inc. I relaciona-se com a introdução do produto no ciclo produtivo-distributivo de forma voluntária e consciente.²⁰⁰

Tocante o inc. II, considerando que o defeito do produto é um dos requisitos da responsabilidade por danos nas relações consumeristas, inexistindo o defeito, ocorrerá a quebra da relação causal que sustenta o dano, afastando-se a responsabilidade do fornecedor.²⁰¹

Sergio Cavalieri Filho entende como correta a posição do CDC quando incumbe ao fornecedor provar que o defeito não existe, uma vez que é perfeitamente possível para ele demonstrar, através de provas técnicas ou científicas, a existência ou não do defeito do bem. Deve-se sempre lembrar que o fornecedor tem total domínio do processo produtivo, motivo pelo qual tem plenas condições de provar que seu produto é ou não defeituoso. Incoerente e injusto seria transferir esse ônus ao consumidor.²⁰²

Já o inc. III transcrito acima se refere à culpa **exclusiva** do consumidor ou de terceiro. Logo, Rizzatto Nunes defende que, se houver culpa

²⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 196.

²⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 197.

²⁰² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. p. 479.

concorrente do consumidor, ainda assim a responsabilidade do produtor permanece de forma integral.²⁰³

Porém, Zelmo Denari aponta outro norte:

*A culpa exclusiva é inconfundível com a culpa concorrente: no primeiro caso, desaparece a relação de causalidade entre o defeito do produto e o evento danoso, dissolvendo-se a própria relação de responsabilidade; no segundo, a responsabilidade se atenua em razão da concorrência de culpa, e os aplicadores da norma costumam condenar o agente causador do dano a reparar pela metade do prejuízo, cabendo à vítima arcar com a outra metade.*²⁰⁴ (grifo no original)

Sergio Cavaleiri Filho também sustenta haver lugar para a culpa concorrente na responsabilidade objetiva disciplinada pelo CDC. Porém, é necessário que o defeito do produto não tenha sido fator preponderante do acidente de consumo.²⁰⁵

Esclarece o citado autor que culpa exclusiva do consumidor significa dizer que ocorre quando:

Sua conduta se erige em causa direta e determinante do evento, de modo a não ser possível apontar qualquer defeito no produto ou no serviço como fato ensejador da sua ocorrência. Se o comportamento do consumidor é a **única causa** do acidente de consumo, não há como responsabilizar o produtor ou o fornecedor por ausência de nexo de causalidade entre a sua atividade e o dano.²⁰⁶ (grifou-se)

²⁰³ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 286.

²⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 197-198.

²⁰⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. p. 486.

²⁰⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. p. 485.

Logo, para que o fornecedor não seja responsabilizado a reparar o dano sofrido pelo consumidor, terá que demonstrar a não colocação do produto no mercado, ou a inexistência de defeito no produto, ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Para os fabricantes de cigarro, a mesma regra se impõe, como será explanado adiante.

3.3 RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE DE CIGARRO QUANDO DA MORTE DE FUMANTE

Neste tópico serão analisados os argumentos do consumidor e a defesa das empresas fabricantes de cigarro quando de ações judiciais que visam indenização à família do fumante falecido por doenças tabaco-relacionadas.

Os temas argüidos pelo consumidor são: o grave dano à saúde causado pelo uso do cigarro, a publicidade enganosa que leva a consumi-lo, a dependência química causada pela nicotina e o cigarro como produto defeituoso.²⁰⁷

Já a defesa das empresas tabagistas levanta os seguintes pontos:

√ A fabricação e a comercialização de cigarros são atividades lícitas e regulamentadas pelo Poder Público.

²⁰⁷ PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. **Responsabilidade civil das empresas fabricantes de fumo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 56.

√ Os riscos associados ao consumo de cigarros são de conhecimento do público há décadas, inclusive antes da veiculação das cláusulas de advertência.

√ A propaganda não é enganosa, apenas, como qualquer outra, destaca as características positivas do produto.

√ Os fumantes, ao optarem livremente pelo consumo de cigarros, assumem os riscos decorrentes de sua decisão, não podendo pretender responsabilizar o fabricante por ato consciente e de livre-arbítrio.

√ As doenças atribuídas ao consumo de cigarro são multifatoriais, ou seja, existem diversos outros fatores de risco que poderiam ter gerado as doenças, tais como predisposição genética, exposição ambiental, dieta inadequada, doenças preexistentes, hábitos de vida e outros, sendo impossível indicar com certeza qual desses foi determinante no desenvolvimento da doença.²⁰⁸

Passa-se, então, à análise desses argumentos.

3.3.1 Teses defensivas das indústrias de tabaco

3.3.1.1 Ausência de prova quanto ao grave dano à saúde gerado pelo tabaco e às doenças relacionadas ao seu consumo

Quanto ao dano à saúde, isso é indiscutível, apesar de que uma das maiores empresas tabagistas brasileiras, a Souza Cruz, não responda tal pergunta claramente.²⁰⁹ Contudo, afirma que o consumidor é sabedor das

²⁰⁸ SOUZA CRUZ. **Cenário brasileiro**. 2007. Disponível em:

<http://www.souzacruz.com.br/OneWeb/sites/SOU_5RRP92.nsf/vwPagesWebLive/80256DAD006376DD80256DA50040C9EC?opendocument&SID=&DTC> Acesso em 11 set 2008.

²⁰⁹ FUMAR FAZ MAL À SAÚDE? Nosso entendimento sobre os riscos à saúde baseia-se no conjunto de estudos epidemiológicos desenvolvidos ao longo dos anos. São estatísticas que reportam uma maior incidência de certas doenças em grupos de fumantes se comparados com grupos de não-fumantes.

conseqüências dos malefícios do tabaco, optando fumar por livre e espontânea vontade, sendo que tal assunto será abordado adiante.

Enquanto o consumidor sustenta ser o cigarro o fator preponderante que originou a doença e, inclusive, a morte do fumante, as empresas tabagistas mantêm a posição de que não há como provar que o mal acometido pelo fumante, levando-o a óbito, foi provocado direta e exclusivamente pelo consumo do tabaco, uma vez que tais doenças são multifatoriais, ou seja, outros fatores podem ocasioná-las, assim como a predisposição genética, meio ambiente e hábitos de vida.²¹⁰

Afirma a Souza Cruz, subsidiária de um dos maiores grupos mundiais de empresas tabagistas, a *British American Tobacco*:

Confirma essa posição o fato de que as doenças associadas ao consumo de cigarros também ocorrem em pessoas que nunca fumaram. Assim sendo, o cigarro não pode ser considerado como a causa (necessária ou suficiente), mas tão-somente como um fator de risco, como diversos outros existentes.²¹¹

No entanto, Adriana do Couto Lima Pedreira entende que, apenas pelo cigarro ser um fator de risco para o acometimento de doenças

Esses estudos também mostram que estes riscos são menores em grupos de pessoas que fumam menos. Por exemplo, pessoas que começam a fumar mais tarde, param mais cedo ou consomem menos cigarros.

As estatísticas não demonstram um nível de consumo livre de risco; nem que um fumante em particular irá evitar uma doença associada por fumar menos. Isto porque os estudos estatísticos não são capazes de identificar o que irá acontecer a uma determinada pessoa e a ciência ainda não é capaz de determinar quais fumantes adoecerão ou não.

SOUZA CRUZ. **Fumar faz mal à saúde?** 2007. Disponível em: <http://www.souzacruz.com.br/OneWeb/sites/SOU_5RRP92.nsf/vwPagesWebLive/DO5RXEJX?opendocument&SID=&DTC=&TMP=2> Acesso em 11 set 2008.

²¹⁰ SOUZA CRUZ. **Cenário brasileiro.** 2007. Disponível em: <http://www.souzacruz.com.br/OneWeb/sites/SOU_5RRP92.nsf/vwPagesWebLive/80256DAD006376DD80256DA50040C9EC?opendocument&SID=&DTC> Acesso em 11 set 2008.

²¹¹ SOUZA CRUZ. **Riscos à saúde.** 2007. Disponível em: <http://www.souzacruz.com.br/OneWeb/sites/SOU_5RRP92.nsf/vwPagesWebLive/80256DAD006376DD80256D9C0065EA46?opendocument&SID=&DTC> Acesso em 11 set 2008.

tabaco-relacionadas, já faz nascer a responsabilidade civil para os fabricantes desse produto.²¹²

Ainda, em consulta ao endereço virtual do INCA – Instituto Nacional de Câncer, transcreve-se a seguinte passagem:

Doenças associadas ao uso dos derivados do tabaco: Muitos estudos desenvolvidos até o momento evidenciam sempre o mesmo: o consumo de derivados do tabaco causa quase 50 doenças diferentes, principalmente as doenças cardiovasculares (infarto, angina), o câncer e as doenças respiratórias obstrutivas crônicas (enfisema e bronquite).

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

200 mil mortes por ano no Brasil (23 pessoas por hora);

25% das mortes causadas por doença coronariana - angina e infarto do miocárdio;

45% das mortes causadas por doença coronariana na faixa etária abaixo dos 60 anos;

45% das mortes por infarto agudo do miocárdio na faixa etária abaixo de 65 anos;

85% das mortes causadas por bronquite e enfisema;

90% dos casos de câncer no pulmão (entre os 10% restantes, 1/3 é de fumantes passivos);

30% das mortes decorrentes de outros tipos de câncer (de boca, laringe, faringe, esôfago, pâncreas, rim, bexiga e colo de útero);

25% das doenças vasculares (entre elas, derrame cerebral).

O tabagismo ainda pode causar: impotência sexual no homem; complicações na gravidez; aneurismas arteriais; úlcera do

²¹² PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. **Responsabilidade civil das empresas fabricantes de fumo.** p. 67.

aparelho digestivo; infecções respiratórias; trombose vascular.²¹³
(grifo no original)

Corroborando com esses dados, Dr. José Rosemberg, médico e professor titular de Tuberculose e Pneumologia da Faculdade de Ciências Médicas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, realizou extensa pesquisa intitulada “Nicotina droga universal”, onde concluiu:

Finalmente, a nicotina é responsável pela dependência física e psíquica, obrigando o tabagista a fumar cada vez mais e, com isso, introduzindo no organismo dezenas de substâncias cancerígenas, além das nitrosaminas. Sendo a propulsora da epidemia tabágica, a nicotina é o maior agente responsável pela expansão de todos os tipos de câncer, entre estes, o mais difundido, o câncer de pulmão. No tabagista, portanto, o risco de contrair qualquer tipo de câncer aumenta em torno de 30%. A vinculação mais estreita do tabaco é com o câncer do pulmão. O tabagismo é responsável por 90% da mortalidade total do câncer de pulmão.²¹⁴

Logo, percebe-se que o tabagismo, apesar de afirmar-se não ser a causa exclusiva, é sim responsável por vários males causados à saúde do fumante, podendo-se asseverar, inclusive, que é fator preponderante para o surgimento de diversas doenças. Denota-se que as conseqüências do consumo de cigarro não são imediatas, o que pode mascarar o tabaco como causa das enfermidades provocadas.

Afirma Adriana do Couto Lima Pedreira, sobre o mal que acomete o fumante e o nexo de causalidade:

²¹³ INCA. **Doenças associadas ao uso dos derivados do tabaco**. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=atento&link=doencas.htm>> Acesso em 18 set 2008.

²¹⁴ ROSEMBERG, José. **Nicotina droga universal**. 2005. p. 80. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=publicacoes&link=indice.htm>> Acesso em 18 set 2008.

[...] o fumo traduz-se em concausa para o evento danoso, já que de forma comprovada influi decisivamente na causação e evolução de doenças. Diante de tal concausa, surge o dever de indenizar, uma vez que como causa paralela ou concomitante, concorre com outra para produção do efeito, não deixando de ser causa, acarretando, por isso, a obrigação de reparar o dano. [...] Há um dano causado por uma ação. Esse dano é causado pelo efetivo risco que os componentes do cigarro causam à saúde consubstanciados na ação da empresa que o fabrica e o coloca no mercado com grande publicidade no sentido de fazer com que as pessoas continuem fumando e tentando induzir as que não fumam a começar.²¹⁵

No entanto, o posicionamento de grande parte da jurisprudência diverge dessa opinião. Como exemplo, transcreve-se parte de uma ementa de apelação cível julgada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

[...] De regra, os danos infligidos ao ser humano por produtos intrinsecamente perigosos são excluídos do regime jurídico da responsabilidade por acidente de consumo do Código de Defesa do Consumidor e, também, daquele decorrente da Lei Unitária Civil, desde que essa periculosidade inerente não tenha extrapolado os limites da normalidade ou da previsibilidade. Em tal contexto, em se tratando de produto potencial e inerentemente perigoso, como é o cigarro, a integração da responsabilidade civil da produtora ou fornecedora pelo óbito de tabagista, condiciona-se à efetividade do estabelecimento de um nexos da causalidade entre o hábito de fumar e a causa preponderante da morte. **E não há como se entrever estabelecida a indispensável vinculação causal, entre os males acarretadores do óbito e o tabaco, quando faz-se inquestionável que para o evento letal inúmeras concausas interagem entre si e com o fumo, induzindo ao quadro mórbido fatal. Mormente nos casos de neoplasia, doença essa multifatorial e que, como tal, não tem**

²¹⁵ PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. **Responsabilidade civil das empresas fabricantes de fumo**. p. 56 e 62.

até hoje uma origem determinada e nem uma causa determinante única. [...]²¹⁶ (grifou-se)

Posicionamentos contrários existem, mas ainda não têm expressão frente à atual conjuntura das decisões dos Tribunais Estaduais do País. Neste diapasão, ilustra-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, ESTÉTICOS E MORAIS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. TABAGISMO. CARDIOPATIA ISQUÊMICA. INFARTO. PROPAGANDA ENGANOSA. DEFEITO DO PRODUTO. NEXO DE CAUSALIDADE. PERICULOSIDADE ÍNSITA DO PRODUTO E O LIVRE-ARBITRIO DO ATO DE FUMAR. Há responsabilidade objetiva pelos danos causados à saúde do fumante da empresa produtora de cigarros, quando, como no caso em tela, resta demonstrada, pela farta prova carreada aos autos, a relação de causa e efeito entre o defeito do produto e a doença do consumidor (cardiopatia isquêmica) [...].²¹⁷

De fato outros fatores podem influenciar no aparecimento de doenças relacionadas ao consumo do cigarro, como a questão hereditária. Porém, é inegável que o tabaco, no mínimo, acelere a desgaste da saúde do fumante, tornando-o muito mais suscetível àqueles males associados ao uso do cigarro, tais como cânceres (de pulmão, boca etc.), doenças coronarianas, entre muitas outras.

²¹⁶ TJSC, Apelação Cível n. 2005.021210-5, de Criciúma. Relator Des. José Trindade dos Santos. Acórdão publicado em 29.07.2008. Decisões no mesmo sentido, cujas ementas estão em anexo: Apelação Cível n. 528.049.4/8-00 do TJSP; Apelações Cíveis n. 1.0183.05.084686-8/001 e 1.0015.01.003249-6/001 do TJMG; Apelação Cível n. 45683/2007 do TJRJ; e Apelação Cível n. 2008.00115135 do TJRJ.

²¹⁷ TJRS, Apelação Cível n. 700150760, de Passo Fundo. Relator. Des. Tasso Caubi Soares Delabary. Decisão publicada em 05.09.2008. Outras decisões no mesmo sentido: Apelações Cíveis do TJRS n. 70016845349, 70007090798 e 70017634486, e Apelação Cível do TJSP n. 379.261.4/5-00, sendo que todas as ementas encontram-se em anexo.

No entanto, necessária seria a opinião de um profissional especialista na área médica para informar, com precisão e propriedade, se o cigarro pode ser o motivo predominante para o surgimento da doença em determinado fumante, que até mesmo o levou ou poderá levar a óbito. Confirmado o uso do tabaco como principal causa da patologia, evidente ficará o nexo de causalidade.

3.3.1.2 Exercício de atividade lícita e ausência de defeito no cigarro

No que tange à tese de defesa das empresas tabagistas de exercer atividade lícita e regulada pelo Poder Público, convém mencionar que esses fatos não alteram a sua responsabilidade. Explica o assunto Lúcio Delfino, exemplificando: uma montadora de automóveis que introduziu no mercado de consumo carros com falha nos cintos de segurança, o que ocasionou lesões e até mesmo morte de diversos consumidores. Tal fornecedor seria responsabilizado, conforme preconiza o art. 12 do CDC, ou seja, fato do produto, mesmo exercendo atividade lícita. Logo, a licitude da atividade não justifica a não responsabilização dos fabricantes de cigarro.²¹⁸

No entanto, esta não é a posição da maioria da jurisprudência, como exemplo a ementa de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do estado de Santa Catarina:

[...] FABRICAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE CIGARROS. ATIVIDADE LÍCITA. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ART. 220, § 4º. A atividade de fabricação e comercialização de cigarros, tal como decorre do art. 220, § 4º da Constituição da República ao autorizar, de modo expresse, a propaganda desses produtos, reveste-se de licitude, com a sua eventual ilicitude residindo, não

²¹⁸ DELFINO, Lúcio. Responsabilidade civil das indústrias fumígenas sob a ótica do código de defesa do consumidor. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo, n. 51, p. 172-197, jul 2004.

no seu exercício, mas essencialmente no defeito do produto fabricado e entregue ao mercado de consumo. [...]
CIGARRO. PRODUTO DEFEITUOSO. HIPÓTESE, ENTRETANTO, DE PERICULOSIDADE INERENTE. INFORMAÇÕES SUFICIENTES. Sob a ótica da legislação consumerista, o cigarro não é um produto defeituoso, mas sim de periculosidade inerente, posto não apresentar ele anomalias que impeçam ou dificultem o seu uso, ou o tornem mais perigoso para o usuário do que o provável, causando danos além daqueles que dele são esperados. Os derivados do tabaco, ao contrário, enquadram-se na categoria dos produtos de periculosidade inerente ou necessária, cuja fabricação e circulação goza de proteção legal, somente sendo enquadráveis como produtos defeituosos, quando tiverem aptidão para criarem riscos que desbordem aqueles que deles ordinariamente se espera, conforme resulta da dicção do art. 12, § 1º, inc. I, do Código de Proteção ao Consumidor. [...] ²¹⁹

Interessante também destacar um resumo que a Aliança de Controle ao Tabagismo, uma organização não governamental, confeccionou acerca de um processo judicial ocorrido nos Estados Unidos, no qual foram partes o governo deste país contra a indústria tabagista americana.

No citado trabalho, há informação de que já nos anos 50 os grandes fabricantes de cigarro americanos possuíam conhecimento acerca da dependência da nicotina, porém omitiram tal informação do público em geral por muito tempo, aproveitando-se da situação para sustentar e aumentar a venda de seu produto. Além disso, mencionadas empresas sabiam que, se reconhecessem perante todos que a nicotina é viciante, tornaria ineficaz o argumento de sua defesa, pois sustentavam que a escolha de fumar dos consumidores era livre, sendo apenas o exercício do livre-arbítrio.²²⁰

²¹⁹ TJSC, Apelação Cível n. 2005.021210-5, de Criciúma. Relator Des. José Trindade dos Santos. Publicada em 29/07/2008. Têm o mesmo posicionamento as decisões, cujas ementas encontram-se em anexo: Apelação Cível n. 482.080.4/5-00 do TJSP; Apelação Cível n. 372.776-4 do TJPR; Apelação Cível n. 1.0015.01.003249-6/001 do TJMG; Apelação Cível n. 45683/2007 do TJRJ; e Apelação Cível n. 2007.001723-3 do TJRN.

²²⁰ O veredicto final: trechos do processo Estados Unidos x Philip Morris. Publicado pela Aliança de Controle do Tabagismo e também disponível em www.actbr.org.br.

Constatou-se, ainda, que os fabricantes de cigarro americanos, alguns atuantes do Brasil (Souza Cruz e Philip Morris), manipularam os níveis de emissão de nicotina, a fim de propiciar sabor, impacto e satisfação, mantendo a dependência.²²¹

Em face desses acontecimentos é que Lúcio Delfino considera o cigarro como produto defeituoso e entende, também, que os riscos inerentes ao consumo do cigarro não são considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição. Isso porque ninguém consome o cigarro para desfrutar, após algum tempo, de um câncer de pulmão ou tantas outras doenças provocadas pelo tabaco.²²²

Acreditando, também, ser o cigarro um produto defeituoso, Silvio Tonietto relata em sua obra a resposta dada pela Gerência de Produtos Derivados do Tabaco da ANVISA, em 09 de dezembro de 2002, quando a AMATA – Associação Mundial Antitabagismo, da qual é presidente, solicitou medidas em favor da Saúde Pública. Mencionou que a resposta da ANVISA seguiu orientação científica de toda a literatura médica, destacando-se o seguinte trecho da referida manifestação do órgão governamental:

Se o tabaco fosse introduzido na sociedade agora, certamente, seria considerado ilegal, pelo conhecimento acumulado sobre os danos provocados pelo seu uso. Portanto sua legalidade é produto de um erro histórico.²²³

Citado autor ressalta que para o consumidor ter plena ciência do risco que pode esperar de um produto, deve ser amplamente informado, até mesmo se esse produto não for potencialmente nocivo ou perigoso

²²¹ O veredicto final: trechos do processo Estados Unidos x Philip Morris. Publicado pela Aliança de Controle do Tabagismo e também disponível em www.actbr.org.br.

²²² DELFINO, Lúcio. Responsabilidade civil das indústrias fumígenas sob a ótica do código de defesa do consumidor.

²²³ TONIETTO, Silvio. **Responsabilidade civil objetiva por dano provocado pelo tabaco no código de defesa do consumidor**. p. 31.

à saúde. Ocorre que os fabricantes de cigarro não prestam informações suficientes para formar o amplo conhecimento do consumidor sobre esse produto. E, mesmo que as informações fossem ostensivas e adequadas, isso não eximiria o fabricante de sua responsabilidade de reparar os danos causados pelo fato do produto, no caso o tabaco.²²⁴

No mesmo sentido entende Adriana do Couto Lima Pedreira, vez que, para ela, os princípios que devem prevalecer são os da transparência e da qualidade dos produtos, pois, conjuntamente, estabelecem que o fornecedor deve disponibilizar ao consumidor toda a informação necessária ao consumo. Por “informação necessária” compreende-se aquela mais completa possível sobre o produto, tais como preço, efeitos, características, reações adversas etc.²²⁵

Deve-se considerar, ainda, que o consumo de cigarro é maior nas classes sociais mais baixas, ou seja, pessoas com níveis de cultura e educação menores. A partir dessa informação, pode-se dizer que o homem médio não tem conhecimento de todos os malefícios que o consumo do tabaco causa sobre sua saúde. Por isso, Lúcio Delfino defende a idéia de que os maços de cigarro deveriam ser acompanhados de prospectos, como as bulas dos remédios, nos quais constariam:

A verdadeira natureza do produto tóxico, a quantidade de substâncias tóxicas existentes em cada unidade, a origem do fumo utilizado na sua confecção, advertir dos inúmeros malefícios que o produto nocivo poderá gerar à saúde daqueles que o consomem, além de outros esclarecimentos necessários e imprescindíveis a *real* conscientização do consumidor brasileiro.²²⁶
(grifo no original)

²²⁴ TONIETTO, Silvio. **Responsabilidade civil objetiva por dano provocado pelo tabaco no código de defesa do consumidor**. p. 33-35 e 57.

²²⁵ PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. **Responsabilidade civil das empresas fabricantes de fumo**. p. 63.

²²⁶ DELFINO, Lúcio. Responsabilidade civil das indústrias fumígenas sob a ótica do código de defesa do consumidor.

Apesar de discrepar da jurisprudência majoritária, o defeito do produto colocado no mercado pelas empresas fabricantes de cigarro resta evidenciado, pois mesmo exercendo atividade lícita (comercialização e industrialização de cigarro), tais fornecedoras negligenciaram acerca dos efeitos de seu produto na saúde do indivíduo, não disponibilizando informações suficientes e adequadas sobre o tabaco.

A tese de exercer atividade lícita, apesar de amplamente aceita pela maioria dos Tribunais Pátrios, não parece adequada, face os motivos já expostos acima.

Além do mais, restou evidente que é prescindível que o fornecedor esteja exercendo atividade lícita, uma vez que o ato ilícito não estaria na sua atividade, pois esta é regulamentada pela lei, mas sim no defeito do produto disponibilizado no mercado de consumo, relativo à falta de informação dos riscos e males provocados pelo uso do cigarro.

3.3.1.3 Ausência de publicidade enganosa

No que tange à alegação de publicidade enganosa, o consumidor, nas ações judiciais intentadas contra os fabricantes de cigarro, sustenta que a publicidade incentivando o consumo de tabaco sempre foi superior à advertência dos males provocados pelo seu consumo. Deve-se considerar, também, que tal advertência somente foi introduzida como obrigação do fornecedor a partir da CRFB/88, com lei regulamentadora de 1996 (Lei nº 9.294/96). Assim, há muitos fumantes que iniciaram o vício antes da vigência

dessa legislação, quando as publicidades vinculavam beleza, saúde e liberdade ao hábito de fumar.²²⁷

Para Lúcio Delfino, é possível aplicar o CDC mesmo para a publicidade veiculada antes da vigência desse diploma legal:

Publicidades elaboradas em desacordo com as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, porém disseminadas antes de março de 1991, poderão ser tidas como ilegítimas, bastando, para tanto, que as conseqüências negativas advindas de sua apresentação tenham surgido agora, após a entrada em vigor da Lei 8.078/90.²²⁸

Mencionado autor também relembra que, mesmo que o CDC não seja aplicado à publicidade do cigarro anterior a esta lei, as publicidades eram ilegais. Isso porque as relações civis já eram disciplinadas pelo princípio da boa-fé objetiva e os fabricantes de cigarro, tendo conhecimento sobre os malefícios de seu produto, o vincularam à saúde, esportes, lazer, sucesso profissional, sexualidade. Ou seja, infringiram citado princípio, em detrimento da saúde daqueles a quem a publicidade atingiu e influenciou no hábito de começar a fumar.²²⁹

No processo judicial aforado na Justiça Americana, verificou-se que o público alvo da publicidade do cigarro eram os jovens, razão pela qual, intencionalmente, vincularam a imagem de suas marcas à independência, vigor, amor à vida, aventura, confiança a auto-afirmação.²³⁰

²²⁷ PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. **Responsabilidade civil das empresas fabricantes de fumo**. p. 56-57.

²²⁸ DELFINO, Lúcio. O direito intertemporal e a aplicação do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 124-138, abr/jun 2007.

²²⁹ DELFINO, Lúcio. O direito intertemporal e a aplicação do CDC.

²³⁰ O veredicto final: trechos do processo Estados Unidos x Philip Morris. Publicado pela Aliança de Controle do Tabagismo e também disponível em www.actbr.org.br.

Restou evidenciado na citada ação judicial que as indústrias tabagistas americanas agiram dolosamente, impedindo realização de pesquisas científicas que relacionassem saúde e tabaco, cujo objetivo era evitar uma imagem negativa de seu produto perante o público, prevenindo limitações quanto à indústria tabagista e evitando a possibilidade de serem responsabilizadas judicialmente nos casos envolvendo o uso do tabaco e saúde.²³¹

Além disso, a veiculação dessa publicidade insidiosa incitou dúvidas no subconsciente do consumidor, levando-o a menosprezar os malefícios do cigarro. E, também, face às doenças provocadas pelo tabaco surgirem somente após muitos anos de consumo do produto, o consumidor acabou por subestimar a periculosidade do cigarro.²³²

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já se pronunciou a respeito da existência de publicidade enganosa:

[...] 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

²³¹ O veredicto final: trechos do processo Estados Unidos x Philip Morris. Publicado pela Aliança de Controle do Tabagismo e também disponível em www.actbr.org.br.

²³² DELFINO, Lúcio. Responsabilidade civil das indústrias fumígenas sob a ótica do código de defesa do consumidor.

enganosidade. Com efeito, a existência de ardil fantasioso utilizado com o fim de atrair a simpatia do espectador em relação ao produto torna a publicidade enganosa. [...] ²³³

Entretanto, esse não é o entendimento de parte da jurisprudência dos tribunais estaduais brasileiros. Como exemplo, cita-se:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO – INTELIGÊNCIA DO ART. 330, I, DO CPC – ALEGAÇÃO INFUNDADA DE QUE A MORTE DO IRMÃO/TIO, QUE CONTAVA COM 85 ANOS DE IDADE E FUMAVA DESDE OS 10, FOI PROVOCADA EXCLUSIVAMENTE PELO CONSUMO DE CIGARROS FABRICADOS PELA SOUZA CRUZ S/A – DEMANDA QUE CORRESPONDE A VERDADEIRA E REPROVÁVEL AVENTURA JURÍDICA – FATOS ANTERIORES À VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR REGIDOS PELO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – INEXISTÊNCIA DE INFRAÇÃO A DEVER LEGAL POR PARTE DAS APELADAS – EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO – NORMA DO ART. 160 DO CC/1916 – DEFEITO NO PRODUTO E PUBLICIDADE ENGANOSA NÃO CONFIGURADOS (ARTS. 37 E 12, § 3º, II, DO CDC) – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – REQUISITOS NÃO-DEMONSTRADOS – INVIABILIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

[...] Age no exercício regular do direito, o fornecedor que observa a legislação regulamentar da sua atividade, não podendo ser considerada ilícita a não-divulgação de informações a que por lei não estava obrigado (Desa. Salete Silva Sommariva, j. 09/11/04)”. ²³⁴

Apesar das recentes decisões proferidas pela jurisprudência, pode-se afirmar que os fabricantes de cigarro desrespeitaram o princípio da boa-fé objetiva, que, apesar de não ter sido expresso no Código Civil de 1916,

²³³ TJRS, Apelação Cível n. 70016845349, de Esteio. Relator Des. Odone Sanguiné. Decisão em 12.12.2007. A ementa completa desta decisão encontra-se em anexo.

²³⁴ TJSC, Apelação Cível n. 2005.024267-2, de Criciúma. Relator Des. Izidoro Heil. Decisão em 19.09.2006. Seguindo este sentido, são as decisões, cujas ementas estão em anexo a este trabalho: Apelações Cíveis n. 528.049.4/8-00 e 482.080.4/5-00 do TJSP; Apelação Cível n. 2006.003747-6 do TJSC; e Apelação Cível n. 372.776-4 do TJPR.

disciplinava as relações jurídicas, fossem elas de consumo ou não. É notório que as empresas tabagistas tinham conhecimento acerca das características maléficas do seu produto e nada informaram aos consumidores.

3.3.1.4 Culpa exclusiva do consumidor: liberdade de escolha

Os fabricantes de cigarro têm como um dos argumentos mais fortes a culpa exclusiva do consumidor, que tem o livre-arbítrio para optar por fumar ou não fumar. E, mais, o consumidor também tem a escolha de parar de fumar, não podendo tais empresas serem responsabilizadas pela opção livre do consumidor.

Sobre o assunto, Adriana do Couto Lima Pedreira disserta:

A decisão de fumar, segundo as empresas em questão, é matéria de escolha pessoal, de exercício de liberdade constitucionalmente assegurada, uma vez que, diferentemente do que alega aquele que pretende se beneficiar de tal indenização, não há nada no cigarro capaz de comprometer a tomada de decisões livres e conscientes pelo fumante.²³⁵

A quebra do nexo de causalidade, na modalidade culpa exclusiva do consumidor, é um dos argumentos mais aceitos pelos Tribunais Pátrios:

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR MORTE SUPOSTAMENTE PROVOCADA PELO CONSUMO DE CIGARROS - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICABILIDADE RESTRITA AO FATOS OCORRIDOS APÓS SUA VIGÊNCIA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA, PORÉM ABRANDADA, DO FORNECEDOR - DEFEITO OU

²³⁵ PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. **Responsabilidade civil das empresas fabricantes de fumo**. p. 68.

INSUFICIÊNCIA DE INFORMAÇÃO NÃO VERIFICADOS - CONHECIMENTO DOS MALEFÍCIOS DO CIGARRO - AUSÊNCIA DE PROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE - LIVRE ARBITRIO NO CONSUMO DO PRODUTO CAUSADOR DE DEGENERESCÊNCIA DA SAÚDE - CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR - INDENIZAÇÃO INDEVIDA - RECURSO DESPROVIDO.²³⁶

Porém, neste tópico deve-se considerar o fator da dependência causada pela nicotina, uma vez que, quanto mais se fuma, mais necessidade tem o fumante de continuar o consumo do cigarro.²³⁷

Denota-se, entretanto, que as empresas tabagistas não admitem claramente o ato de fumar como vício e negam a existência de algo neste ato que possa impedir o fumante de largar o chamado hábito. Neste sentido, manifestou-se uma grande fabricante de cigarros brasileira:

A associação do consumo de cigarros com dependência é baseado no conceito popular que chama de vício qualquer prazer difícil de abandonar.

O certo é que não há nada no ato de fumar que impeça as pessoas de pararem, desde que estejam determinadas e tenham motivação. Estatísticas de autoridades de saúde pública mundiais demonstram que milhões de fumantes já pararam de fumar sem qualquer ajuda profissional.²³⁸

Lúcio Delfino afirma inexistir o livre-arbítrio do consumidor. Inicialmente porque, ao iniciar o consumo do cigarro, o consumidor é ou foi influenciado pela publicidade enganosa. Além do mais, largar o vício de fumar não

²³⁶ TJSC, Apelação Cível n. 2002.012964-5, de Itajaí. Relator Desa. Salete Silva Sommariva. Decisão em 09/11/2004. No mesmo sentido: Apelações Cíveis n. 399.387.4/6-00 e 482.080.4/5-00 do TJSP; Apelação Cível n. 2005.021210-5 do TJSC; Apelação Cível n. 372.776-4 do TJPR; e Apelação Cível n. 2007.001723-3 do TJRN. Todas as ementas dessas decisões encontram-se em anexo.

²³⁷ DELFINO, Lúcio. O fumante e o livre-arbítrio: um polêmico tema envolvendo a responsabilidade civil das indústrias do tabaco. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 55, n. 361, p. 63-87, nov. 2007.

²³⁸ SOUZA CRUZ. **Fumar é um vício?** 2007. Disponível em: <http://www.souzacruz.com.br/OneWeb/sites/SOU_5RRP92.nsf/vwPagesWebLive/DO5QLLD7?op=display&document&SID=&DTC=&TMP=2> Acesso em 11 set 2008.

depende única e exclusivamente da vontade do fumante, pois fumar é uma doença e o cigarro contém uma droga, a nicotina, que causa forte dependência físico-química. Quanto mais se fuma, mais necessidade tem o fumante de continuar o consumo do cigarro, em razão da dependência oriunda da nicotina.²³⁹

No mencionado trabalho “Nicotina droga universal”, Dr. José Rosemberg afirma:

Não restam dúvidas de que a nicotina contida do tabaco é a responsável pelo desencadeamento da dependência químico-física do tabagista. Se o tabaco não contivesse nicotina, o seu consumo não geraria dependência e fumar não passaria de um hábito que poderia ser abandonado facilmente. É a nicotina que torna o fumante escravo do tabaco.²⁴⁰

A nicotina é tão necessária ao produto cigarro, que as empresas fabricantes do produto manipularam a quantidade dessa substância, a fim de manter seus consumidores dependentes de seu produto.²⁴¹

Como doença que é, o tabagismo requer tratamento para que seu enfermo se cure. E, mais, é necessário que o tratamento seja contínuo, até o fumante estar totalmente livre da dependência pela nicotina. Dessa forma, demonstrado que não há escolha livre do consumidor fumante, já que sua vontade não é fator exclusivo para largar o vício do fumo.²⁴²

Já houve manifestação jurisprudencial, no sentido de acatar a tese de que o fumante não possui vontade livre. Exemplifica-se:

²³⁹ DELFINO, Lúcio. O fumante e o livre-arbítrio: um polêmico tema envolvendo a responsabilidade civil das indústrias do tabaco.

²⁴⁰ ROSEMBERG, José. **Nicotina droga universal**. 2005. p. 39. Disponível em <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=publicacoes&link=indice.htm>> Acesso em 18 set 2008.

²⁴¹ DELFINO, Lúcio. O fumante e o livre-arbítrio: um polêmico tema envolvendo a responsabilidade civil das indústrias do tabaco.

RESPONSABILIDADE CIVIL. TABAGISMO. CÂNCER PULMONAR. MORTE. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. NEXO CAUSAL. VERIFICADO. DANO MORAL. CONFIGURADO. [...] Outrossim, não há falar em liberalidade/voluntariedade do usuário do tabaco. Isso porque, a voluntas do indivíduo estava maculada, quer pela ausência de informações a respeito dos malefícios do produto, seja pela dependência química causada por diversos componentes, especialmente, pela nicotina. [...].²⁴³

Logo, não há vontade livre, vez que o consumidor fumante é decisivamente influenciado pela sua dependência na nicotina, a qual é mantida numa quantidade suficiente em cada unidade de cigarro, para que seus consumidores permaneçam viciados.

3.3.1.5 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor

Nas primeiras ações judiciais indenizatórias propostas por consumidores contra os fabricantes de cigarro, estes, como tese de defesa, argumentavam a inaplicabilidade do CDC, em razão do hábito de fumar ter se iniciado antes da vigência da Lei nº 8.078/90. Contudo, já há entendimento pacífico que somente é necessário que o dano tenha ocorrido após a vigência do CDC, e não quando se começou o consumo de tabaco.

Apesar de não mais fazer parte, na maioria dos casos, a alegação da impossibilidade de se aplicar o CDC, explica-se que se o hábito de

²⁴² DELFINO, Lúcio. O fumante e o livre-arbítrio: um polêmico tema envolvendo a responsabilidade civil das indústrias do tabaco.

²⁴³ TJRS, Apelação Cível n. 70017634486. Relator Des. Paulo Sérgio Scarparo. Decisão Publicada em 16.08.2007. A íntegra da ementa desse acórdão está em anexo a este trabalho.

fumar iniciou-se antes da vigência dessa lei, o CDC poderá ser aplicado, desde que o dano tenha ocorrido após a sua vigência.

O renomado professor Arruda Alvim lavrou parecer, solicitado por um escritório de advocacia e não publicado, acerca da aplicação do CDC nessas ações indenizatórias de fumantes ou suas famílias contra os fabricantes de cigarro. Concluiu Arruda Alvim que se o fato constitutivo de um direito ocorreu integralmente sob a vigência de uma lei, lei nova não se poderá aplicar. Logo, se as doenças tabaco-relacionadas surgiram após a data em que o CDC entrou em vigor, será ele aplicável, prevalecendo sobre qualquer outra.²⁴⁴

Mesmo posicionamento já adotou o STJ, conforme voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito:

Se, efetivamente, o dano identificado pelo Tribunal de origem é posterior à entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, não se há de aplicar nenhuma regra de direito intertemporal, porque se reconhece a incidência do Código de Defesa do Consumidor na relação entre o autor e a empresa ré e, evidentemente, conta-se o prazo sem aquele critério existente na nossa jurisprudência e na do Supremo Tribunal Federal.²⁴⁵

²⁴⁴ DELFINO, Lúcio. O direito intertemporal e a aplicação do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, cidade, n., p., ano.

²⁴⁵ Voto do Exmo. Min. Carlos Alberto Menezes Direito no REsp n. 304.724-RJ (2001/0020513-5). Decisão publicada em 22-08-2005, cuja ementa é: CONSUMIDOR - REPARAÇÃO CIVIL POR FATO DO PRODUTO - DANO MORAL E ESTÉTICO - TABAGISMO - PRESCRIÇÃO - CINCO ANOS - PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE - INÍCIO DA CONTAGEM - CONHECIMENTO DO DANO E DA AUTORIA - REEXAME DE PROVAS - SÚMULA 7 - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI SUPOSTAMENTE VIOLADO - DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO - SÚMULA 284/STF - DIVERGÊNCIA NÃO-CONFIGURADA. - A ação de reparação por fato do produto prescreve em cinco anos (CDC; Art. 27). - O prazo prescricional da ação não está sujeito ao arbítrio das partes. A cada ação corresponde uma prescrição, fixada em lei. - A prescrição definida no Art. 27 do CDC é especial em relação àquela geral das ações pessoais do Art. 177 do CC/16. Não houve revogação, simplesmente, a norma especial afasta a incidência da regra geral (LICC, Art. 2º, § 2º). - A prescrição da ação de reparação por fato do produto é contada do conhecimento do dano e da autoria, nada importa a renovação da lesão no tempo, pois, ainda que a lesão seja contínua, a fluência da prescrição já se iniciou com o conhecimento do dano e da autoria. - "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." - É inadmissível o recurso especial, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir exata compreensão da controvérsia. Inteligência da Súmula 284/STF. - Divergência jurisprudencial não demonstrada, nos moldes exigidos pelo par. único, do Art. 541, do CPC.

Silvio Tonietto relembra, também, que mesmo não se utilizando o CDC, o Código Civil dispõe sobre a responsabilização da parte contrária ao consumidor lesado, visto que o art. 945²⁴⁶ do CC preconiza sobre a culpa concorrente.²⁴⁷

Ocorrendo o dano após a vigência do CDC, não há que se falar na sua inaplicabilidade, mesmo que o consumo do cigarro tenha se iniciado antes da Lei 8.078/90.

Verificou-se que ainda há muitos recursos pendentes de apreciação pelo STJ acerca do tema deste trabalho, sendo que não foi encontrada nenhuma manifestação desse tribunal acerca do mérito dessas ações judiciais.

No que tange aos tribunais estaduais, percebeu-se que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem proferido decisões em favor do consumidor, concedendo à família do fumante falecido indenização a título de danos morais e materiais, estes referentes às despesas gastas com o tratamento da doença que levou o fumante a óbito.

Em Santa Catarina, todas as decisões encontradas foram no sentido de negar provimento às pretensões dos consumidores, acatando as teses defensivas das empresas tabagistas. Tal posicionamento também é seguido pela grande maioria dos tribunais dos demais estados brasileiros. Encontrou-se, excepcionalmente, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que concedeu indenização a título de danos morais à família de consumidor falecido em razão do consumo de tabaco.

²⁴⁶ Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

²⁴⁷ TONIETTO, Silvio. **Responsabilidade civil objetiva por dano provocado pelo tabaco no código de defesa do consumidor**. p. 52.

Prematuro seria concluir que a posição da jurisprudência pátria vai ser mantida no sentido de acolher a defesa das empresas fabricantes de cigarro quando de ações judiciais propostas por fumantes e famílias de fumantes falecidos devido às doenças originadas pelo vício do tabaco.

Constatado, no entanto, que os autores, os quais escrevem acerca do tema deste trabalho, acabam por se convencer que o cigarro é um produto defeituoso que gera diversas doenças, ocasionando, inclusive, a morte de milhares de pessoas no País.

O tema ainda é muito polêmico e merece atenção, devendo-se aguardar novos pronunciamentos dos Tribunais brasileiros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil dos fabricantes de cigarro é um assunto polêmico, mas ainda não muito debatido no âmbito jurídico.

Poucos autores se dispõem a escrever e estudar o tema, sendo que o número de ações judiciais visando a indenização pela morte de fumante, decorrente do consumo do tabaco, não é muito expressivo se comparado ao número de óbitos de fumantes no Brasil – segundo o INCA, estima-se que duzentos mil brasileiros morram, a cada ano, devido ao uso do cigarro.²⁴⁸

Salienta-se que a grande maioria dos tribunais estaduais do País tem se posicionado no sentido de acatar a defesa das empresas tabagistas, ao argumento de que: o cigarro não é produto defeituoso; não existiu publicidade enganosa; o consumidor é livre para optar por fumar; não há ato ilícito, sendo a atividade exercida pelos fabricantes de cigarro regulamentada por lei; e ausência de nexo de causalidade, pois o consumo do tabaco não é causa exclusiva da doença que acometeu o consumidor.

Ocorre que todos os pontos dessa tese podem ser rebatidos, com fortes e coerentes argumentos.

O cigarro pode ser considerado um produto defeituoso pela insuficiência de informação. Isso porque se encontram nos maços de cigarro²⁴⁹ apenas frases e imagens, as quais a lei obriga as empresas tabagistas a

²⁴⁸ INCA. **Tabagismo: dados e números:** tabagismo no Brasil. Disponível em <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=dadosnum&link=brasil.htm>> Acesso em 2 out 2008.

imprimirem na embalagem de seu produto. No entanto, essa informação não é suficiente, pois não há, em uma única embalagem, todos os males provocados pelo consumo de cigarro. Por exemplo, ao comprar um maço de cigarro onde consta “O Ministério da Saúde adverte: fumar causa câncer de pulmão”, o consumidor que adquiriu este produto não está sendo informado de que o tabaco também pode provocar doenças coronarianas, doenças vasculares, cânceres de boca, laringe, esôfago, rim, entre tantos outros males.

O argumento de que as empresas tabagistas cumprem a lei, ao passo que colocam as frases e imagens exigidas, não merece guarida, haja vista que o Código de Defesa do Consumidor dispõe acerca da obrigação do fornecedor em prestar informações claras, precisas e ostensivas sobre o produto, principalmente quando este cause riscos à saúde ou segurança do consumidor. Logo, o cigarro é um produto defeituoso, segundo o código consumerista.

No que tange à publicidade enganosa, sabe-se que os fumantes, que hoje estão doentes, começaram a fumar antes do CDC e da lei que regulamenta a publicidade de produtos derivados do tabaco, ou seja, quando ainda não havia a previsão legal específica sobre o dever de informar do fornecedor.

Contudo, enquanto vigente o Código Civil de 1916, as partes de uma relação jurídica deveriam agir com boa-fé objetiva, isto é, agir com lealdade uma com a outra. Tem-se conhecimento que as indústrias tabagistas infringiram esse princípio, vez que possuíam conhecimento – e há documentos que comprovam essa afirmação – acerca dos riscos causados pelo uso do cigarro e da dependência da nicotina, nada informando ao consumidor. Ocorreu até mesmo o contrário, os fabricantes de cigarro induziram o consumo de seu produto através de publicidades enganosas, que vinculavam o tabaco à beleza, saúde, sensualidade, esportes etc.

²⁴⁹ Em anexo a este trabalho, constam imagens de maços de cigarro produzidos e comercializados no País.

Referente ao chamado livre-arbítrio do consumidor, tal argumento perde força quando é comprovado cientificamente que a nicotina, contida no tabaco, é uma substância psicotrópica, que causa vício de natureza física e psíquica. Em razão disso, fumar é reconhecidamente uma doença, que, para se curar, necessita de tratamento.

Relata-se que as empresas tabagistas tinham pleno conhecimento do efeito viciante da nicotina, tanto que manipularam o nível dessa substância no cigarro, cujo objetivo era manter o fumante sempre viciado em seu produto.

Inverídico é asseverar que o fumante pára de fumar no momento em que desejar, pois, em razão do vício da nicotina, o organismo pede mais dessa substância, gerando, inclusive, crises de abstinência. Dá-se ênfase, mais uma vez, que para largar o vício é necessário tratamento, incluindo medicamentos.

Apesar de ser totalmente incabível como argumento a licitude da atividade exercida pelas empresas tabagistas, ele é amplamente aceito pelos tribunais pátrios. Já restou demonstrado que o fato da atividade ser lícita não tem importância para a incidência do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor.

O ato ilícito suscitado pelo consumidor não é relativo à atividade do fabricante de cigarro, mas sim o dano, no caso a morte, causado pelo consumo desse produto.

Por fim, é possível estabelecer o nexo de causalidade entre o consumo do cigarro e a morte do fumante, decorrente de alguma doença tabaco-relacionada.

É reconhecido que há fatores que influenciam no desencadeamento de determinadas doenças. O câncer, por exemplo, pode ter origem devido à hereditariedade, mas é inegável que o cigarro contribui e pode até mesmo ser a causa preponderante para o surgimento desse mal.

Nas decisões judiciais prolatadas em favor do consumidor, os julgadores invocam, até mesmo, experiências pessoais para assegurar que o consumo do cigarro é a causa predominante e determinante para a ocorrência do dano, ou seja, a doença que levou o fumante a falecer.

Para corroborar com esse posicionamento, há um projeto de lei (PL nº 2.549/07), que prevê o ressarcimento, das empresas tabagistas ao Poder Público, do dinheiro despendido para o tratamento médico no sistema público, quando a doença tratada é diretamente relacionada ao consumo do cigarro.

Fumar não é um hábito de vida, mas sim um vício que se tornou mais um dos grandes problemas da saúde pública, considerando que a maioria dos fumantes está nas classes sociais mais baixas.

Imprescindível que se faça cumprir a lei, a fim de responsabilizar os fabricantes de cigarro quando da morte de fumante, tendo em vista que a vítima do tabaco não possuía a informação necessária para fazer uma escolha consciente acerca da aquisição e consumo do produto disponibilizado pelos fornecedores. Além disso, ressalta-se que a escolha do consumidor foi realizada através de falsas mensagens publicitárias, que o instigaram a consumir cada vez mais o produto.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO. **O veredicto final**: trechos do processo Estados Unidos x Philip Morris. Também disponível em <www.actbr.org.br>

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2008. p. 188-189.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. rev., aum. atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 66, 89, 461-492, 513-514.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 56.

DELFINO, Lúcio. Responsabilidade civil das indústrias fumígenas sob a ótica do código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 51, p. 172-197, jul. 2004.

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 de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 124-138, abr/jun. 2007.

DELFINO, Lúcio. O fumante e o livre arbítrio: um polêmico tema envolvendo a responsabilidade civil das indústrias do tabaco. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 55, n. 361, p. 63-87, nov. 2007

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 13-38, 146-148.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007. p. 22-69, 145-199, 311-329.

INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER. **Tabagismo: dados e números:** tabagismo no Brasil. Disponível em <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=dadosnum&link=brasil.htm>> Acesso em 2 out 2008.

INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER. **Doenças associadas ao uso dos derivados do tabaco.** Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=atento&link=doencas.htm>> Acesso em 18 set 2008.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 60-116, 143-178, 259, 336.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 46.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2-41, 52-102, 136-137, 154-181, 283-286.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de defesa do consumidor interpretado.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.10, 28-38, 65-67, 87-88.

PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. **Responsabilidade civil das empresas fabricantes de fumo.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROSEMBERG, José. **Nicotina droga universal.** 2005. p. 80. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=publicacoes&link=indice.htm>> Acesso em 18 set 2008.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico.** 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 1095 e 1222.

SILVA, Jorge Alberto de Quadros de Carvalho. **Código de defesa do consumidor anotado:** e legislação complementar. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 16-17, 68.

SOUZA CRUZ, **Cenário brasileiro.** 2007. Disponível em: <http://www.souzacruz.com.br/OneWeb/sites/SOU_5RRP92.nsf/vwPagesWebLive/80256DAD006376DD80256DA50040C9EC?opendocument&SID=&DTC> Acesso em 11 set 2008.

SOUZA CRUZ, **Fumar é um vício?** 2007. Disponível em: <http://www.souzacruz.com.br/OneWeb/sites/SOU_5RRP92.nsf/vwPagesWebLive/DO5QLLD7?opendocument&SID=&DTC=&TMP=2> Acesso em 11 set 2008.

SOUZA CRUZ, **Riscos à saúde.** 2007. Disponível em: <http://www.souzacruz.com.br/OneWeb/sites/SOU_5RRP92.nsf/vwPagesWebLive/80256DAD006376DD80256D9C0065EA46?opendocument&SID=&DTC> Acesso em 11 set 2008.

TONIETTO, Silvio. **Responsabilidade civil objetiva por dano provocado pelo tabaco no código de defesa do consumidor.** 2. ed. São Paulo: Associação Mundial Antitabagismo, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil.** 7. ed. v. IV. São Paulo: Atlas, 2007. p. 31.

ANEXOS

JURISPRUDÊNCIAS:

Ementa: Ação de Indenização – Indústria do Tabaco – Cigarro – Pai dos autores que faleceu de insuficiência respiratória aguda – Cerceamento de defesa inócua – Ausência de nexo de causalidade entre a comercialização do produto (cigarro) e o evento morte a fim de gerar direito indenizatório – Teoria do dano direto ou mesmo o da causalidade adequada a afastar a pretensão indenizatória – Prática de ato lícito – Abuso de direito não configurado – Propaganda enganosa inexistente – Doutrina e jurisprudência – Ação improcedente – Recurso improvido. (TJSP, Apelação Cível n. 528.049.4/8-00, da cidade de São Paulo. Relator Des. Beretta da Silveira. Decisão em 23/10/2007).

Ementa: Indenização por danos morais e patrimoniais. Autor tabagista. Opção de fumar deve ter suas consequências suportadas pelo próprio usuário. Livre arbítrio ao iniciar o vício. Fabricantes de cigarro exercem atividade lícita. Malefício do fumo à saúde é público e notório. Apelante não comprovou nenhuma propaganda de irresistível sedução ao uso do tabaco por ocasião do começo do consumo de cigarro. Ausentes requisitos para a indenização. Apelo desprovido. (TJSP, Apelação Cível n. 482.080-4/5-00, de São Paulo. Relator Des. Natan Zelinschi de Arruda. Decisão em 25/10/2007. Des. José Geraldo de Jacobina Rabello foi voto vencido, no qual foi a favor da condenação do fabricante de cigarro pelos danos causados ao fumante).

Ementa: APELAÇÃO – Danos morais e materiais – Afastada a preliminar de não conhecimento do recurso, posto que, apesar de sucinto, pela sua leitura se extraem os motivos do inconformismo do apelante – Não é o caso de inversão da prova, na hipótese – Incabível atribuir responsabilidade à empresa ré, por ato que foi tomado livremente pelo autor no exercício de seu livre arbítrio – Não se olvida que nem sempre os consumidores foram tão bem informados acerca dos males causados pelo cigarro, entretanto, inverossímil que um fumante não tivesse ciência dos males que lhe acometiam em decorrência do ato de fumar – Agravos retidos não conhecidos, posto que não reiterados e recurso desprovido. (TJSP, Apelação Cível n. 399.387.4/6-00, de São Paulo. Relator Des. Sergio Gomes. Decisão em 04/03/2008).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO SUSCITADA NAS CONTRA-RAZÕES. AFASTAMENTO. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. TABAGISMO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. LIVRE ARBÍTRIO. ROMPIMENTO DO NEXO CAUSAL. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Se entre a data da ciência inequívoca da doença que lhe acometeu e o ajuizamento da ação não se passaram mais de cinco anos, não há que se falar em prescrição, ainda que seja sob o enfoque da legislação consumerista.

2. A fabricação do cigarro é atividade lícita e regulamentada pelo poder público, inexistindo qualquer violação ao art. 6º, inc.I, do CDC. Conseqüentemente, não há que se falar em violação de um dever jurídico quando o fornecedor exerce, legalmente, sua atividade, não podendo a empresa ser responsabilizada pela simples comercialização do produto.

3. Tendo sido observadas pelo fabricante as restrições legais impostas pela CF/88 e pela Lei nº. 9294/96 à produção e comercialização de produtos derivados

do tabaco, a publicidade veiculada à atividade econômica lícita não pode ser considerada enganosa ou abusiva, até porque isso não quer dizer que anteriormente as pessoas não conhecessem os males do tabagismo, seja por aconselhamento das autoridades sanitárias, pelas informações veiculadas na imprensa ou mesmo pela própria consciência do indivíduo, que recomenda parar de fumar.

4. Em razão disso, razoável concluir que a vítima tinha o hábito de fumar e o mantinha por livre e espontânea vontade, optando pelo que lhe satisfazia, apesar dos conhecidos prejuízos e moléstias que lhe poderiam causar futuramente. Assim, assumiu por sua conta e risco o resultado danoso de sua conduta, que o levou a ter problemas de saúde e, conseqüentemente à morte, não cabendo, pois, a transferência de responsabilidade para ré/apelada, porque rompido o nexo causal. (TJPR, Apelação Cível n. 372.776-4, de Maringá. Relator Des. Macedo Pacheco. Decisão em 29/05/2008).

Ementa: DIREITO CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL E MATERIAL. MORTE DECORRENTE DE TABAGISMO. NEXO CAUSAL. PROVA. INEXISTÊNCIA. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. I - O nexo causal consiste na conduta omissiva ou comissiva sem a qual o resultado lesivo não teria ocorrido. II - Incumbe à parte que alega ter a vítima falecido em decorrência de conduta praticada pelo fabricante de cigarros o ônus da prova, eis que fato constitutivo do seu direito. III - Ausente a prova de que a doença que acometeu o tabagista e provocou sua morte decorreu do uso contínuo e prolongado de cigarros, resta afastado o dever de indenizar, pois falta nexo causal. IV - Não há que se falar em relação de consumo se a parte ativa não é destinatária final de serviço ou produto fornecido pela parte autora. (TJMG, Apelação Cível n. 1.0183.05.084686-8/001, de Conselheiro Lafaiete. Relator Des. Adilson Lamounier. Publicado em 26/04/2008).

Ementa: DANO MORAL - CONSUMO DE CIGARROS - ATIVIDADE LÍCITA - ATO ILÍCITO E NEXO CAUSAL - AUSÊNCIA DE PROVA - REPARAÇÃO INDEVIDA.

1- Somente estando provados o ato ilícito e o nexo de causalidade é que se pode responsabilizar o réu pelo dano sofrido pelo autor.

2- A fabricação e a venda de cigarros não constitui atividade ilícita, por ser autorizada pelo Estado. Esse fato, e mais a inexistência de prova do consumo exclusivo de cigarros fabricados pela ré, bem como de que a doença que acometeu o autor foi causada exclusivamente pelo consumo de cigarros, impedem a condenação do pretense ofensor na reparação do dano. (TJMG, Apelação Cível n. 1.0015.01.003249-6/001, de Além Paraíba. Relator Des. Maurício Barros. Publicado em 03/02/2006).

Ementa: CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. TABAGISMO. PUBLICIDADE DOS MALEFÍCIOS. ATIVIDADE LÍCITA. PRODUTO LEGALIZADO. INÍCIO DO VÍCIO. LIVRE ARBÍTRIO. ENFERMIDADES. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. RESPONSABILIDADE CIVIL INEXISTENTE.

I – Trata-se de atividade lícita a fabricação e comercialização de produtos inerentes ao tabagismo.

II – Consiste em culpa exclusiva da vítima o acometimento de enfermidades decorrentes da prática do tabagismo, em razão do livre arbítrio no que tange ao início e continuidade do vício.

III – Recurso conhecido e improvido. (TJRN, Apelação Cível n. 2007.001723-3, de Janduís. Relator Des. Cláudio Santos. Decisão em 08/05/2007).

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO MORAL – TABAGISMO – INDUSTRIALIZAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE CIGARROS – LICITUDE DA ATIVIDADE.

Comercialização, industrialização e propaganda de tabaco. Atividade considerada lícita. Consumidor de cigarros. Falecimento. Incidência da regra do art. 12, da Lei nº 8072/90. Responsabilidade de natureza objetiva. Ausência de prova do nexo de causalidade. Precedentes. Sentença que se confirma. Recurso a que se nega seguimento, nos termos do art. 557, do CPC. (TJRJ, Apelação Cível n. 45683/2007, do Rio de Janeiro. Relator Des. Ricardo Couto de Castro. Decisão em 16/08/2007).

Ementa: Relação de consumo. Ação de indenização por dano moral que o autor teria sofrido ao ser acometido de enfisema pulmonar após fumar por cerca de 50 anos. Sentença de improcedência. Apelação do Autor. Responsabilidade objetiva. Apelante que não comprovou que o tabagismo tivesse sido a causa exclusiva da doença que o acometeu. Apelante que foi aposentado por invalidez, em 1999, em razão de doença pulmonar, e declarou somente ter parado de fumar em 2004. Apelante que ciente dos malefícios do cigarro, os quais são amplamente divulgados desde 1988, assumiu o risco de não parar de fumar, não podendo imputar à Ré as conseqüências de seus atos. Precedentes do TJRJ. Sentença que corretamente concluiu pela improcedência do pedido inicial. Desprovimento da apelação. Decisão não unânime. (TJRJ, Apelação Cível n. 2008.001.15135. Relatora Des^a Ana Maria Pereira de Oliveira. Decisão em 01/07/2008. Vencido o Revisor, Des. Gabriel Zefiro, que dava provimento ao recurso).

Ementa: INDENIZAÇÃO. TABAGISMO. ÓBITO DE MÃE E IRMÃ DOS DEMANDANTES. CAUSA ATRIBUÍDA AO HÁBITO DE FUMAR POR VÁRIOS ANOS. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO. DESPROVIMENTO.

JULGAMENTO ANTECIPADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INCORRÊNCIA.

Nos litígios instaurados por fumantes ou seus familiares contra empresa produtora de derivados do tabaco, a colheita de prova oral se faz totalmente inócua, mormente quando através dela pretendiam os autores comprovar a existência de liame causal entre o hábito de fumar a que se dedicou a 'de cujus' por incontáveis anos e o mal que a levou ao óbito. Provas desse jaez se revelam de total inutilidade, mormente quando, dentro de uma visão mais lógica e realista, a sentença prolatada antecipadamente considera, como vital à solução da demanda indenizatória, o fato de ser lícita a atividade desenvolvida pela empresa fabricante de cigarros demandada, não tratando-se de produto defeituoso, sendo a fumante a própria responsável pelo vício mantido e, em decorrência, por suas conseqüências. E, o fato de haver o julgador singular determinado a especificação de provas, não implica na aquisição, pelas partes, do direito de ver aberta a instrução probatória, posto que, na condição de destinatário das provas, tem ele a faculdade e mesmo o dever de dispensá-las, quando não iriam elas alterar o seu convencimento.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA. LIMITAÇÃO AO TEMPO POSTERIOR À SUA ENTRADA EM VIGOR.

À toda evidência, as relações entre fumantes e as empresas produtoras dos cigarros das marcas usadas por aqueles têm natureza consumerista, submetendo-se, pois, aos princípios e às regras introduzidas no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 8.078/90, que instituiu o Diploma Protetivo. Essa incidência, entretanto, não pode ser protraída no tempo, para abranger fatos

ocorridos antes da data do início da vigência do Diploma Protetivo - 11-3-91 -, pena de violação do 5º, inc. XXXVI da Lei Maior, que veda expressamente a violação ao ato jurídico perfeito.

FABRICAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE CIGARROS. ATIVIDADE LÍCITA. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ART. 220, § 4º.

A atividade de fabricação e comercialização de cigarros, tal como decorre do art. 220, § 4º da Constituição da República ao autorizar, de modo expreso, a propaganda desses produtos, reveste-se de licitude, com a sua eventual ilicitude residindo, não no seu exercício, mas essencialmente no defeito do produto fabricado e entregue ao mercado de consumo.

INFORMAÇÕES SOBRE O CIGARRO. PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.

- A publicidade que cerca a produção e o comércio de cigarros não pode ser classificada como abusiva ou enganosa, não incidindo, assim, no veto do art. 37 do Estatuto de Proteção do Consumidor. Enganosa, para os fins protetivos, é a propaganda com potencial suficiente para induzir o consumidor a erro, sendo abusiva aquela que, revelando-se antiética, fere a vulnerabilidade do consumidor ou os valores básicos da própria sociedade como um todo. Em suma: é a que, tendo como destinatária a massa dos consumidores, traz dados falsos capazes de gerar a indução do consumidor a erro (enganosidade por comissão) ou omite elemento essencial que, se conhecido do consumidor, alteraria a decisão do mesmo (enganosidade por omissão). Não é o caso dos produtos derivados do tabaco, em que toda a publicidade que os cerca contém as restrições impostas pelas leis que objetivam cercear mais e mais o hábito de fumar e que alertam expressamente, com bastante incisividade, os usuários, inclusive os mais desavisados, sobre os malefícios e perigos advindos do tabagismo. E não há como se prostrar para o passado os efeitos dessas restrições, vez que, antecedentemente à edição da Portaria 490, de 25-8-88, do Ministério da Saúde,

inexistia qualquer exigência a respeito, pelo que a falta de advertência acerca dos efeitos deletérios do tabagismo, não pode ser vista como desrespeito à lei ou a regulamento.

- A boa-fé objetiva traduz um conceito ético-social, um padrão comportamental que deve, obrigatoriamente, estar conectado com a época dos fatos e os valores culturais e jurídicos vigentes na sociedade. Assim, precedentemente ao advento da Codificação Consumerista e do atual Código Civil e, pois, em épocas ainda mais remotas, quando o hábito de fumar apresentava-se como indicativo de glamour, de sucesso, de felicidade, não era dado impor à fabricante o dever de informar os usuários dos males advindos ou ligados ao cigarro. Por isso, equivocadamente, além de injusto, seria transportar os julgadores retroativamente categorias e opções valorativas dominantes na atualidade para julgar fatos ocorridos em épocas antanhas, em que a compreensão do problema, bem como os elementos valorativos aos quais se emprestava relevância, eram completamente distintos, senão antagônicos, dos de hoje.

CIGARRO. PRODUTO DEFEITUOSO. HIPÓTESE, ENTRETANTO, DE PERICULOSIDADE INERENTE. INFORMAÇÕES SUFICIENTES.

Sob a ótica da legislação consumerista, o cigarro não é um produto defeituoso, mas sim de periculosidade inerente, posto não apresentar ele anomalias que impeçam ou dificultem o seu uso, ou o tornem mais perigoso para o usuário do que o provável, causando danos além daqueles que dele são esperados. Os derivados do tabaco, ao contrário, enquadram-se na categoria dos produtos de periculosidade inerente ou necessária, cuja fabricação e circulação goza de proteção legal, somente sendo enquadráveis como produtos defeituosos, quando tiverem aptidão para criarem riscos que desbordem aqueles que deles ordinariamente se espera, conforme resulta da dicção do art. 12, § 1º, inc. I, do Código de Proteção ao Consumidor.

PROVA. ÔNUS. INVERSÃO. INUTILIDADE, NO CASO.

A inversão do ônus da prova, autorizada pelo art. 6º, VIII, do Código Consumerista, tem como desiderato igualar as partes que ocupam, no processo, posições desiguais, sendo benesse criada a favor dos consumidores, aplicando-se-a quando verossímeis forem as alegações do elo mais fraco da relação jurídica ou quando for ele hipossuficiente. Porém, ainda que a relação jurídica entre as partes seja tipicamente de consumo, não se viabiliza, por inócua, a inversão do encargo probatório, quando pretendem os autores, com essa inversão, ter como positivado que a nicotina, como uma das drogas usadas na composição do cigarro, causa dependência física e psicológica. É que a causação dessa dependência é fato notório e sabido, tanto que, por força do disposto no art. 3º-C, § 2º da Lei nº 9.294/96, alterada pela Lei nº 10.702/03, é obrigatória a inclusão, na publicidade do cigarro e nas respectivas embalagens, que a nicotina é droga e causa dependência. E, nos moldes do enunciado pelo art. 334, I do Código de Processo Civil, os fatos notórios não dependem de prova. De igual modo, inócua a inversão do ônus probatório para compelir a demandada a inserir nos autos as peças publicitárias por ela produzidas e divulgadas ao longo de todo o tempo em que a 'de cujus' fumou, posto que, nos anos que precederam a entrada em vigor do Diploma Consumerista não havia a obrigatoriedade legal de a produtora de cigarros incluir em suas propagandas as advertências e as às restrições hoje impostas pelo Poder Público.

RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESSUPOSTOS NÃO INTEGRADOS. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO.

De regra, os danos infligidos ao ser humano por produtos intrinsecamente perigosos são excluídos do regime jurídico da responsabilidade por acidente de consumo do Código de Defesa do Consumidor e, também, daquele decorrente da Lei Unitária Civil, desde que essa periculosidade inerente não tenha extrapolado os limites da normalidade ou da previsibilidade. Em tal contexto, em se tratando de produto potencial e inerentemente perigoso, como é o cigarro, a integração da responsabilidade civil da produtora ou fornecedora pelo óbito de tabagista, condiciona-se à efetividade do estabelecimento de um nexos da causalidade entre o hábito de fumar e a causa preponderante da morte. E não há como se entrever

estabelecida a indispensável vinculação causal, entre os males acarretadores do óbito e o tabaco, quando faz-se inquestionável que para o evento letal inúmeras concausas interagem entre si e com o fumo, induzindo ao quadro mórbido fatal. Mormente nos casos de neoplasia, doença essa multifatorial e que, como tal, não tem até hoje uma origem determinada e nem uma causa determinante única. Não bastasse isso, nos termos do art. 12, § 3º, III, do CDC, a responsabilidade dos fabricantes e fornecedores vê-se excluída quando os danos decorrerem de culpa exclusiva do consumidor. E os fumantes adquirem o hábito de fumar, exercendo, pois, um ato de livre arbítrio, assumindo, em sendo assim, os riscos inerentes a tal conduta e interrompendo, deste modo, qualquer nexos de causalidade que, porventura, pudesse existir entre a conduta das empresas produtoras e os danos causados aos usuários do fumo ou a seus familiares. (TJSC, Apelação Cível n. 2005.021210-5/000000, de Criciúma. Relator Des. José Trindade dos Santos. Decisão publicidade em 29.07.2008)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO – INTELIGÊNCIA DO ART. 330, I, DO CPC – ALEGAÇÃO INFUNDADA DE QUE A MORTE DO IRMÃO/TIO, QUE CONTAVA COM 85 ANOS DE IDADE E FUMAVA DESDE OS 10, FOI PROVOCADA EXCLUSIVAMENTE PELO CONSUMO DE CIGARROS FABRICADOS PELA SOUZA CRUZ S/A – DEMANDA QUE CORRESPONDE A VERDADEIRA E REPROVÁVEL AVENTURA JURÍDICA – FATOS ANTERIORES À VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR REGIDOS PELO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – INEXISTÊNCIA DE INFRAÇÃO A DEVER LEGAL POR PARTE DAS APELADAS – EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO – NORMA DO ART. 160 DO CC/1916 – DEFEITO NO PRODUTO E PUBLICIDADE ENGANOSA NÃO CONFIGURADOS (ARTS. 37 E 12, § 3º, II, DO CDC) – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – REQUISITOS NÃO-DEMONSTRADOS – INVIABILIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

“Não se caracteriza o cerceamento de defesa quando há nos autos elementos suficientes à formação do convencimento do juiz, permitindo-lhe o julgamento antecipado da lide” (Des. Sérgio Paladino).

“Nas relações de consumo, salvo naqueles contratos ainda em curso, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, a despeito de ser norma cogente e, portanto, de incidência imediata, se restringe aos fatos ocorridos após sua vigência, sob pena de violação do ato jurídico perfeito e malferimento da Constituição Federal.

Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do fornecedor será objetiva se verificados defeitos ou ausência de informação relacionada ao produto colocado no mercado. Tal responsabilidade, não obstante ser objetiva, é abrandada já que previstas expressamente algumas excludentes, dentre as quais a inoccorrência do defeito e a culpa exclusiva do consumidor, cuja comprovação isenta o dever indenizatório por parte do fornecedor.

Age no exercício regular do direito, o fornecedor que observa a legislação regulamentar da sua atividade, não podendo ser considerada ilícita a não-divulgação de informações a que por lei não estava obrigado” (Desa. Salete Silva Sommariva, j. 09/11/04). (TJSC, Apelação cível n. 2005.024267-2, de Criciúma. Relator Des. Sérgio Izidoro Heil. Data Decisão: 19/09/2006).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO – INTELIGÊNCIA DO ART. 330, I, DO CPC – MORTE SUPOSTAMENTE PROVOCADA PELO CONSUMO DE CIGARROS – FATOS ANTERIORES À VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR REGIDOS PELO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – INEXISTÊNCIA DE INFRAÇÃO A DEVER LEGAL POR PARTE DA APELADA – EXERCÍCIO REGULAR DE

DIREITO – NORMA DO ART. 160 DO CC/1916 – DEFEITO NO PRODUTO E PUBLICIDADE ENGANOSA NÃO CONFIGURADOS (ARTS. 37 E 12, § 3º, II, DO CDC) – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – REQUISITOS NÃO-DEMONSTRADOS – INVIABILIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

“Não se caracteriza o cerceamento de defesa quando há nos autos elementos suficientes à formação do convencimento do juiz, permitindo-lhe o julgamento antecipado da lide” (Des. Sérgio Paladino).

“Nas relações de consumo, salvo naqueles contratos ainda em curso, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, a despeito de ser norma cogente e, portanto, de incidência imediata, se restringe aos fatos ocorridos após sua vigência, sob pena de violação do ato jurídico perfeito e malferimento da Constituição Federal.

Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do fornecedor será objetiva se verificados defeitos ou ausência de informação relacionada ao produto colocado no mercado. Tal responsabilidade, não obstante ser objetiva, é abrandada já que previstas expressamente algumas excludentes, dentre as quais a inoccorrência do defeito e a culpa exclusiva do consumidor, cuja comprovação isenta o dever indenizatório por parte do fornecedor.

Age no exercício regular do direito, o fornecedor que observa a legislação regulamentar da sua atividade, não podendo ser considerada ilícita a não-divulgação de informações a que por lei não estava obrigado” (Desa. Salete Silva Sommariva, j. 09/11/04). (TJSC, Apelação cível n. 2006.003747-6, de Criciúma. Relator Des. Sérgio Izidoro Heil. Data Decisão: 11/05/2006).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - CERCEAMENTO DE DEFESA PELO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - INOCORRÊNCIA - ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS PELAS PARTES - IRRELEVÂNCIA - EVIDENTE IMPOSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MATÉRIA FÁTICA ATRAVÉS DAS PROVAS PRETENDIDAS - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE, CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL - PRELIMINAR AFASTADA - RECURSO DESPROVIDO.

Atento aos princípios da razoabilidade, celeridade e economia processual, é dado ao magistrado proceder o julgamento antecipado da lide quando evidente que a prova pretendida pelas partes não é idônea à comprovação dos fatos relevantes para o deslinde do feito.

O simples fato de se determinar a especificação de provas pelas partes não obriga ao juiz abrir a instrução probatória, uma vez que, sendo o destinatário das provas, cabe a ele velar pela rápida solução do litígio, afastando manobras protelatórias e indeferindo requerimento de provas inúteis.

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR MORTE SUPOSTAMENTE PROVOCADA PELO CONSUMO DE CIGARROS - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICABILIDADE RESTRITA AO FATOS OCORRIDOS APÓS SUA VIGÊNCIA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA, PORÉM ABRANDADA, DO FORNECEDOR - DEFEITO OU INSUFICIÊNCIA DE INFORMAÇÃO NÃO VERIFICADOS - CONHECIMENTO DOS MALEFÍCIOS DO CIGARRO - AUSÊNCIA DE PROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE - LIVRE ARBITRIO NO CONSUMO DO PRODUTO CAUSADOR DE DEGENERESCÊNCIA DA SAÚDE - CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR - INDENIZAÇÃO INDEVIDA - RECURSO DESPROVIDO.

Nas relações de consumo, salvo naqueles contratos ainda em curso, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, a despeito de ser norma cogente e, portanto, de incidência imediata, se restringe aos fatos ocorridos após

sua vigência, sob pena de violação do ato jurídico perfeito e malferimento da Constituição Federal.

Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do fornecedor será objetiva se verificados defeitos ou ausência de informação relacionada ao produto colocado no mercado. Tal responsabilidade, não obstante ser objetiva, é abrandada já que previstas expressamente algumas excludentes, dentre as quais a inocorrência do defeito e a culpa exclusiva do consumidor, cuja comprovação isenta o dever indenizatório por parte do fornecedor.

Age no exercício regular do direito, o fornecedor que observa a legislação regulamentar da sua atividade, não podendo ser considerada ilícita a não-divulgação de informações a que por lei não estava obrigado. (TJSC, Apelação Cível n. 2002.012964-5, de Itajaí. Relatora Desa. Salete Silva Sommariva. Data Decisão: 09/11/2004).

Ementa: 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 cinqüenta 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 ardil fantasioso utilizado com o fim de atrair a simpatia do espectador em relação ao produto torna a publicidade enganosa.

9. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. Não persiste qualquer dúvida acerca da tristeza, do sofrimento e da angústia enfrentadas pela companheira e pelo filho do *de cuius* 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

peças 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." (TJRS, Apelação Cível n. 70016845349, de Esteio. Relator Des. Odone Sanguiné. Decisão em 12.12.2007).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, ESTÉTICOS E MORAIS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. TABAGISMO. CARDIOPATIA ISQUÊMICA. INFARTO. PROPAGANDA ENGANOSA. DEFEITO DO PRODUTO. NEXO DE CAUSALIDADE. PERICULOSIDADE ÍNSITA DO PRODUTO E O LIVRE-ARBITRIO DO ATO DE FUMAR. Há responsabilidade objetiva pelos danos causados à saúde do fumante da empresa produtora de cigarros, quando, como no caso em tela, resta demonstrada, pela farta prova carreada aos autos, a relação de causa e efeito entre o defeito do produto e a doença do consumidor (cardiopatia isquêmica). Aplicação do CDC. Provas concludentes de que a autora adquiriu o hábito de fumar a partir de poderoso condutor do comportamento humano consistente em milionária e iterativa propaganda da ré que, ocultando do público os componentes maléficos à saúde humana existentes no cigarro, por décadas, associava o sucesso pessoal ao tabagismo. Tese da ré consistente na ínsita periculosidade do produto-cigarro e do livre-arbítrio no ato de fumar que, no caso concreto, se esboroa ante o comprovado poder viciante da nicotina, a ausência de informações precisas quanto aos componentes da fórmula do cigarro e de qual a quantidade supostamente segura para o seu consumo, bem ainda ante a enorme subjetividade que caracteriza a tese, particularmente incompatível com as normas

consumeristas que regem a espécie. DANOS MATERIAIS E ESTÉTICOS. Incomprovadas nos autos as despesas com remédios e/ou tratamento. A autora foi tratada e internada através do SUS. Igualmente incomprovado o dano estético. Pensionamento mensal indevido, eis estar a autora atualmente trabalhando, sem evidências de incapacidade laboral, consoante as conclusões da perícia médica. DANOS MORAIS. Vinculam-se aos direitos da personalidade e se traduzem num sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, causando-lhe alterações psíquicas, prejuízos afetivos e/ou sociais, prescindindo de comprovação, pela natureza in re ipsa, decorrentes do próprio fato. QUANTUM INDENIZATÓRIO. Reconhecida a concorrência de culpa, o valor a título de danos morais, sopesados os critérios de fixação, vai estabelecido em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), corrigidos pelo IGP-M e acrescidos de juros de mora de 12% ao ano, a contar da data deste julgamento. Afastada a condenação dos patronos da autora por litigância de má-fé. Sucumbência pela requerida. À UNANIMIDADE, DESPROVERAM O AGRAVO RETIDO E, POR MAIORIA, PROVERAM PARCIALMENTE O APELO. (TJRS, Apelação Cível n. 700150760, de Passo Fundo. Relator. Des. Tasso Caubi Soares Delabary. Decisão publicada em 05.09.2008).

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. TABAGISMO. CÂNCER PULMONAR. MORTE. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. NEXO CAUSAL. VERIFICADO. DANO MORAL. CONFIGURADO. Não há falar em prescrição no caso em comento, pois a pretensão indenizatória apenas iniciou seu curso com o falecimento do de cujus. É inconteste que a atividade laborativa desenvolvida pela demandada é lícita. Contudo, a mera licitude formal da atividade comercial não exonera a demandada de reparar prejuízos gerados aos indivíduos pelo consumo dos produtos por si comercializados e distribuídos. Não observância do princípio da boa-fé objetiva, princípio esse que deve balizar toda e qualquer relação. Ainda, a omissão da demandada na prestação das informações precisas sobre o produto pode vir a ser

configuradora de ato ilícito. Outrossim, não há falar em liberalidade/voluntariedade do usuário do tabaco. Isso porque, a voluntas do indivíduo estava maculada, quer pela ausência de informações a respeito dos malefícios do produto, seja pela dependência química causada por diversos componentes, especialmente, pela nicotina. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor aplica-se ao caso em concreto. Viável a aplicação da inversão do ônus da prova, cabendo à demandada desabonar a alegação da parte-autora pertinentemente à causa da enfermidade. O dano moral é reputado como sendo a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo da normalidade, interfere no comportamento psicológico do indivíduo, causando aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. No caso, tal situação se verifica. Na mensuração do dano, não havendo no sistema brasileiro critérios fixos e objetivos para tanto, mister que o juiz considere aspectos subjetivos dos envolvidos. Assim, características como a condição social, a cultural, a condição financeira, bem como o abalo psíquico suportado, hão de ser ponderadas para a adequada e justa quantificação da cifra reparatório-pedagógica. POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO APELO, VENCIDO O DESEMBARGADOR PEDRO LUIZ RODRIGUES BOSSLE. (TJRS, Apelação Cível n. 70017634486. Relator Des. Paulo Sérgio Scarparo. Decisão Publicada em 16.08.2007)

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA - REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - EMPRESA FUMAGEIRA - TABAGISMO - PROPAGANDA ENGANOSA - CÂNCER DE PULMÃO. V.V.P.

Para surgir o dever de indenizar o dano alheio (responsabilidade civil) é mister que concorram três elementos: o dano suportado pela vítima, a conduta culposa do agente e o nexo causal entre os dois primeiros. Impossível se apresenta a pretensão do autor tendente a condenar a empresa fabricante de cigarros em danos materiais e morais, sob a imputação de ato ilícito, quando não comprovado o nexo causal entre a doença diagnosticada e o tabagismo. (TJMG, Apelação

Cível n. 1.0024.01.038251-3/001, de Belo Horizonte. Relator Des. Unias Silva. Publicado em 19/10/2007. Foi dado parcial provimento ao recurso, condenando a Souza Cruz S/A ao pagamento de R\$ 200.000,00 a título de danos morais, restando o Des. Relator vencido parcialmente).

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

Ementa: Responsabilidade civil – Indenização por danos morais e materiais – Tabagismo – Amputação dos membros inferiores – Vítima acometida de tromboangeíte aguda obliterante – Nexo de causal configurado – Incidência do Código de Defesa do Consumidor – Responsabilidade objetiva decorrente da teoria do risco assumida com a fabricação e comercialização do produto – Omissão dos resultados das pesquisas sobre o efeito viciante da nicotina – Dever de indenizar – Recurso improvido. (TJSP, Apelação Cível n. 379.261.4/5-00, de São Paulo. Relator Des. Joaquim Garcia. Decisão em 08/10/2008).

IMAGENS DE MAÇOS DE CIGARROS PRODUZIDOS E COMERCIALIZADOS NO BRASIL:







