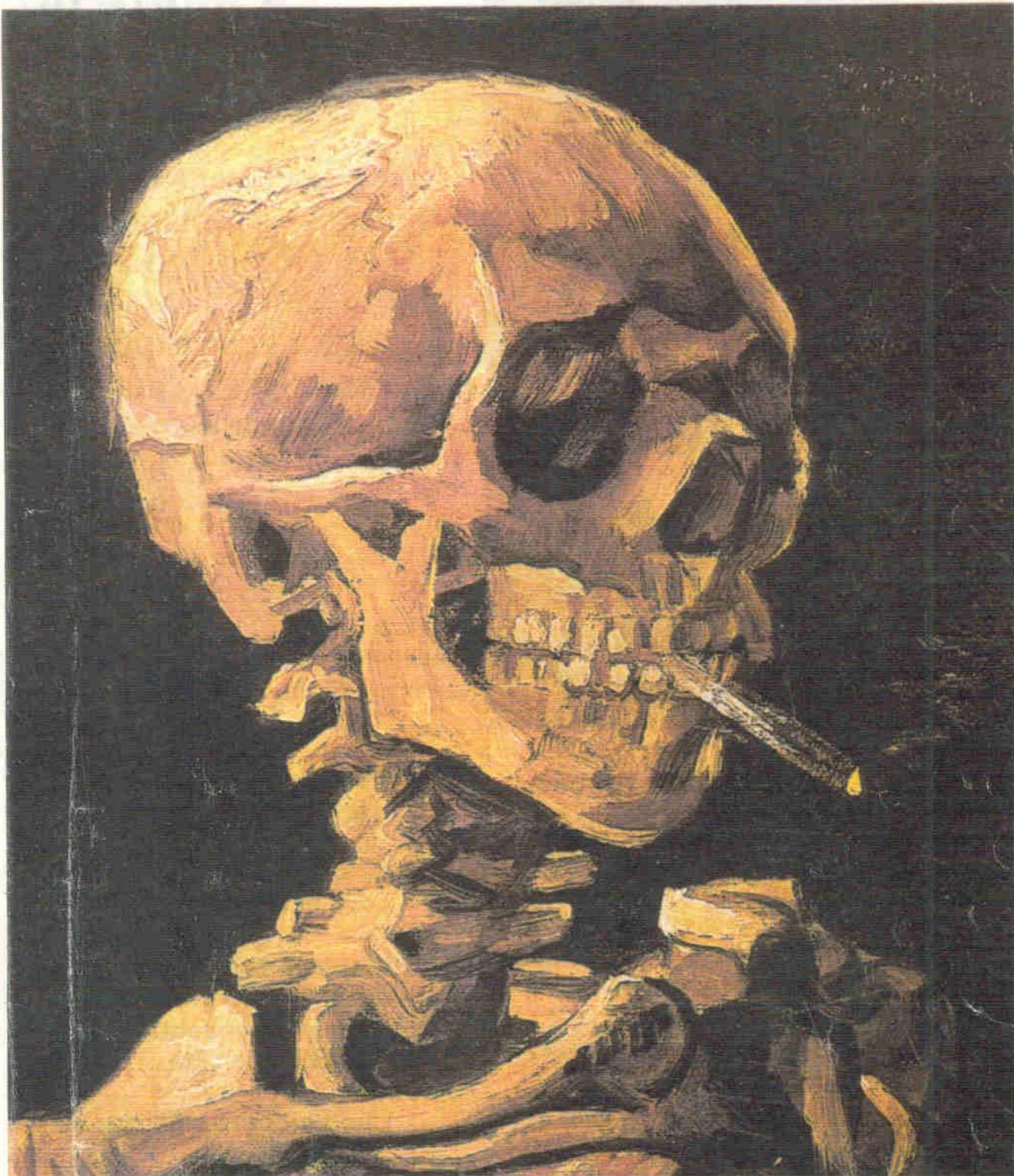


**AÇÃO CIVIL COLETIVA DE  
RESPONSABILIDADE POR DANOS  
INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

**AUTORA: ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DA SAÚDE  
DO FUMANTE - ADESF**

**RÉS: SOUZA CRUZ S.A. e PHILIP MORRIS  
MARKETING S.A.**



## **A morte de milhões rende milhões**

Vincent van Gogh, pintor holandês e fumante inveterado  
de cachimbo, produziu essa obra intitulada  
“Caveira com Cigarro”.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA \_\_\_ª VARA  
CÍVEL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DE SÃO PAULO - CAPITAL.

19º U.C.  
proc nº 1503/95

DEPRI-1.1

25 JUL 13 15 58 523167

CONSELHORIA GERAL DA JUSTIÇA

**A ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DA SAÚDE DO FUMANTE** (doravante sob o codinome **ADESF**), entidade sem fins lucrativos, com sede à Rua Aureliano Coutinho, 338 - conj. 101, São Paulo Capital, devidamente registrada junto ao 1º Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, de São Paulo - Capital, localizado à Rua Roberto Simonsen, 106, sob o número 190.530 (doc.01), neste ato representada por seu Presidente Dr. **MÁRIO ALBANESE**, brasileiro, separado judicialmente, advogado - OAB/SP - 11.159, portador da Cédula de Identidade RG. nº. 1.194.397 - SSP/SP., CIC - 064.431.098-72, por força do art. 7º. par. 1º., do Estatuto Social, **em nome de seus associados**, domiciliados no Estado de São Paulo e por seus advogados e bastante procuradores, que esta subscrevem, constituídos nos termos da procuração inclusa (doc.02), com escritório situado à Avenida Santo Antonio, 456, em Mogi Mirim - SP., onde receberão as intimações de estilo, vem propor, com fulcro na **CONSTITUIÇÃO FEDERAL**, por seus artigos 5º., XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXXII, 170, V, 174, par. 2º. e 48 das Disposições Transitórias; no **CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**, por seus artigos 92, 93, 94, 96 e 159 e demais úteis do Livro III, Título VII e VIII; no **CÓDIGO DE PROCESSO**

1512119 2196

**CIVIL**, artigos 100, V "a", 586 e demais úteis e no **CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**, por seus artigos 1o., 3o., 4o., I, VI, 6o., III, IV, VI, VII, VIII, 7o., par. único, 8o., 9o., 10o., par. 1o., 12, par. 1o. II, 17, 18, par. 6o. III, 23, 25, par. 1o. e 2o., 29, 30, 31, 34, principalmente artigos 36, par. único, 37, par. 1o., 2o. e 3o., 38, 39, IV, como também os artigos 81, par. único, III, 82, IV e par. 1o., 83, 87, 91, 92, 93, II, 97, 98, par. 1o., 2o, II, 101, I, 103, III e 104, a presente

### **ACÇÃO CIVIL COLETIVA DE RESPONSABILIDADE POR DANOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

contra as empresas **SOUZA CRUZ S/A**, com escritórios à R. Alegria, 300 - Bráz - São Paulo - SP e **PHILIP MORRIS MARKETING S/A**, sediada à Av. Eng. Alberto Zagottis, 310 - Sto. Amaro - S. Paulo, pelos motivos de fato e de direito que abaixo se seguem.

#### **DA LEGITIMIDADE ATIVA**

1. Estipula o artigo 81, por seu inciso III que a defesa coletiva dos direitos e interesses dos consumidores e das vítimas, inclusive os direitos individuais homogêneos de origem comum, poderá ser exercida em juízo de forma coletiva. Pelo artigo 82, inciso IV, parágrafo 1o, são as associações legitimadas concorrentemente.

Ensina o magistério de **KAZUO WATANABE**, in Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Forense 2a. edição, pág. 507 e seguintes:

**"O inc. III do parágrafo único do art. 81 conceitua os interesses ou direitos " individuais homogêneos" como " os decorrentes de origem comum", permitindo a tutela deles a título coletivo.**

**"Origem comum" não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias ou de um produto**

nocivo à saúde adquiridos por regiões têm , como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a " origem comum" de todos eles.

Essa modalidade de ação coletiva constitui, uma novidade no sistema jurídico brasileiro, e representa a incorporação ao nosso ordenamento de uma ação bastante assemelhada à *class action* do sistema norte-americano.

**...LEGITIMAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES - A importância da legitimação para agir das associações civis ficou bem sublinhada nas considerações desenvolvidas no item 2 do Capítulo I do Título III.**

**....Para os fins de defesa dos interesses e direitos dos consumidores, a autorização está insita na própria razão de ser das associações, enunciada nos respectivos atos constitutivos. Vale dizer, estão elas permanentemente autorizadas, desde a sua constituição a agir em juízo desde que seja esse seu fim institucional." (sublinhados nossos)**

E, mais adiante, págs. 536 e demais, do mesmo compêndio no ensinamento de ADA PELLEGRINI GRINOVER:

"Aliás, vale notar que as ações de classe norte-americanas, que haviam declinado numericamente na década passada, estão ganhando novo e redobrado impulso, exatamente no campo das reparações individuais, por força dos denominados *mass tort cases*:

**....A AÇÃO CIVIL COLETIVA DE RESPONSABILIDADE PELOS DANOS INDIVIDUALMENTE SOFRIDOS - O dispositivo submete à disciplina do Capítulo III a ação coletiva de responsabilidade civil pelos danos individualmente sofridos pelas vítimas ou seus**

**sucessores, uma das espécies a que se refere o art. 81, III, do Código sob a denominação de ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos**

**....E, ademais , a responsabilidade civil pode decorrer do fato do produto ou do serviço (arts.12-17 do Código) ou de qualquer outra causa, como por exemplo a publicidade enganosa (arts 36-38). Embora a finalidade última da ação seja declaradamente a indenização pelos prejuízos individualmente sofridos, a sentença de procedência CONDENARÁ O RÉU PELOS DANOS PROVOCADOS." (maisc. nossas)**

Reitera o festejado autor **HUGO NIGRO MAZZILLI** in **A DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS EM JUÍZO**, 6a. edição, RT - São Paulo, págs. 94 e 97:

**O interesse individual, ainda que homogêneo, pode , pois, ser defendido por meio de ações propostas individualmente pelos próprios lesados; tratando-se de interesses individuais homogêneos, pode ser defendido sob forma coletiva, por grupos de indivíduos (em legitimação ordinária), ou por suas associações ou por órgãos públicos de proteção ao consumidor (substituição processual).**

**....Também por meio de ação coletiva pode ser buscada a indenização por danos individuais a consumidores determinados que constituam um contingente elevado."**

2. Assim, está devida e legalmente legitimada a **ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DA SAÚDE DO FUMANTE (ADESF)**, para representar seus associados em juízo. Ainda mais levando-se em conta a situação **ENDÊMICA**, provocada pela indústria do tabaco, **COM REAIS RISCOS À INTEGRIDADE FÍSICA DOS FUMANTES**. É tão eminentemente catastrófica a situação mundial, que vários países, atentando para o fato, tomaram sérias medidas restritivas, principalmente na área da publicidade, para a proteção da

saúde de seus habitantes. Não há que se esperar mais, eis que a cada dia milhares de pessoas sucumbem a este flagelo. Sendo a situação até mesmo caótica, torna-se necessário iniciativas e ações rápidas e emergenciais, para o efetivo combate ao vício tabágico.

Desta forma, este caráter urgente, endêmico, até mesmo de Pandemia, encaixa-se precisamente no disposto no parágrafo 1o., do inciso III do art. 82 que dispensa, respeitando-se o critério final de V. Exa., a legalização retroativa anual. Mesmo porque, em diversas outras regiões do mundo, estão sendo propostas ações do mesmo molde e quilate da presente.

Como, p. ex., a descrita por HUGO NIGRO MAZZILLI, no livro "A DEFESA...", já citado acima rodapé da p.99:

**"Em maio de 1994, o Estado Norte-americano de Mississippi acionou os fabricantes de cigarros, formulando dois pedidos: a) indenização pelo que tem despendido com as enfermidades relacionadas com o fumo; b) proibição da venda de qualquer tipo de cigarros aos menores. De acordo com a inicial, O Estado de Mississippi considera que estas indústrias conspiraram intencionalmente e de forma fraudulenta e deliberada para enganar o público, ao não explicar-lhe que comprava produtos prejudiciais à saúde e que causam dependência (v. jornal A Gazeta Mercantil, São Paulo, ed. de 25.5.94). A seguir, o Estado de Minnessota ajuizou ação semelhante (O Estado de S. Paulo, ed. 18.8.94).**

**Enfim, nos últimos anos o fumo começa a ser tratado como aquilo que é. Começa uma efetiva e não meramente platônica reação contra o fumo, que deve ser tratado como vício responsável por danos concretos à saúde pública e não apenas individual: não tem sentido que o fabricante baseie seus lucros nos dados que o fumo traz à população, e cujo custo para o Estado o contribuinte é obrigado a suportar com os impostos."**

Assim como outras ações semelhantes, conforme transcrevem-se trechos abaixo:

**"...um grupo de advogados está processando, em nome de 50 milhões de fumantes norte-americanos toda indústria tabagista por anos de alegado sofrimento, vício e doenças....A acusação formal será de fraude ao consumidor e responsabilidade pela venda de produto perigoso, e se baseia no argumento de que os fabricantes sempre souberam que a nicotina cria dependência mas esconderam deliberadamente o fato do público....também, em nome de "todas as pessoas dependentes de nicotina" nos Estados Unidos, seus herdeiros ou sobreviventes....O caso Castaño, ao contrário, centra sua acusação no fato de que estas empresas mentiram sobre o vício". (doc.03)**

Mesmo que não sejam estas iniciativas de molde a inibir totalmente a publicidade ou mesmo evitar o consumo do cigarro - o que seria utópico -, no mínimo obrigará aos réus o dispêndio indenizatório pelo mal que causam aos portadores do vício do fumo e do cigarro. Por outro lado, a publicidade de ações como a presente, sem dúvida, contribuirá para a conscientização dos males físicos e da dependência psíquica dos consumidores em tela.

**"No Brasil, pela mesma razão, falecem, no mínimo, 100 mil pessoas por ano, ou seja, 8.333 por mês, 277 por dia ou 12 por hora.**

**"Pode-se assim afirmar que, de cinco em cinco minutos, morre um brasileiro, em decorrência do vício" dados estes já superados em quantidade pelo tempo, extraídos do livro "TABAGISMO", do cientista Dr. José Rosemberg, Almed - Edit. e Livraria - SP e USP - SP, obra laureada com o Prêmio Azevedo Sodré pela Academia Nacional de Medicina em 1978, à pag. 315.**

## DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL

3. Estabelece o art. 93 e seu inciso II:

**"Art. 93 - Ressalvada a competência da justiça federal, é competente para a causa a justiça local:**

**....II - no foro da Capital do Estado ou no Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente."**

Que, em conjunto com o art. 101, inciso I, v.g. "a ação pode ser proposta no domicílio do autor", estabelece definitivamente a competência territorial.

**"COMPETÊNCIA TERRITORIAL - O foro do domicílio do autor é uma regra que beneficia o consumidor, dentro da orientação fixada no inciso VII do art. 60. do Código, de facilitar o acesso aos órgãos judiciários.**

**Cuida-se, porém, de opção dada ao consumidor, que dela poderá abrir mão para, em benefício do réu, eleger a regra geral, que é a do domicílio do demandado (art. 94, CPC)." Comentários de KAZUO WATANABE na obra referenciada acima, pág. 563.**

Desta forma, definida a legitimidade e a competência territorial, passa-se ao mérito da contenda.

## DOS FATOS E DO DIREITO

### DA PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA

4. Normatiza o CDC, por seus artigos úteis que, com a devida venia, permitem-se reproduzir abaixo para efeito elucidativo:

**"Art. 4o. A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, O RESPEITO A SUA DIGNIDADE, SAÚDE E SEGURANÇA, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:**

**I- reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;**

.....

**"Art. 6o. - São direitos básicos do consumidor:**

.....

**III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, BEM COMO SOBRE OS RISCOS QUE APRESENTEM;**

**IV - A PROTEÇÃO CONTRA A PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;**

.....

**VI - a efetiva PREVENÇÃO E REPARAÇÃO de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;**

**VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a**

proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

**VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, INCLUSIVE COM A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;**

**Art. 7o. - . . . .**

**Parágrafo Único - Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.**

**Art. 8o. - Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo NÃO ACARRETARÃO RISCOS À SAÚDE ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.**

**Art. 9o. - O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.**

**Art. 10 - O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.**

**Parágrafo 1o. - O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado**

de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

.....

**Art. 12 - O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador RESPONDEM, INDEPENDENTEMENTE DA EXISTÊNCIA DE CULPA, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.**

**Parágrafo 1o. - O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:**

.....

**II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;**

.....

**Art. 31 - A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar **INFORMAÇÕES CORRETAS**, claras, precisas, **OSTENSIVAS** e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.**

.....

**Art. 36 - A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.**

**Parágrafo único - O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.**

.....

**Art. 37 - É PROIBIDA TODA PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA:**

**Parág. 1o. - É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, INTEIRA OU PARCIALMENTE FALSA, ou, por qualquer outro modo, MESMO POR OMISSÃO, CAPAZ DE INDUZIR EM ERRO O CONSUMIDOR a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.**

**Parágrafo 2o. - É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, DESRESPEITE VALORES AMBIENTAIS, ou que seja capaz de INDUZIR O CONSUMIDOR A SE COMPORTAR DE FORMA PREJUDICIAL OU PERIGOSA À SUA SAÚDE OU SEGURANÇA.**

**Parágrafo 3o. - Para os efeitos deste Código, a publicidade É ENGANOSA POR OMISSÃO QUANDO DEIXAR DE INFORMAR SOBRE**

## **DADO ESSENCIAL DO PRODUTO OU SERVIÇO.**

.....

**Art. 39 - É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços:**

.....

**IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, SAÚDE, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; (maiúsc. e sublinhados nossos)**

5. A robustecer e melhor caracterizar a qualificação de publicidade abusiva e enganosa, veiculada pelas empresas fabricantes de cigarros, permite-se reproduzir alguns comentários de doutrinadores todos do Livro "CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR", comentado pelos autores do anteprojeto, 2a. Edição, Forense Universitária:

Comentários de **Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin** (pags. 193 e seguintes):

**"O legislador demonstrou colossal antipatia pela publicidade enganosa...Provoca, está provada, uma distorção no processo decisório do consumidor, levando-o a adquirir os produtos e serviços que, estivesse melhor informado, possivelmente não o faria.... O legislador, reconhecendo a complexidade da matéria, preferiu conceituar de maneira larga o que seja publicidade enganosa. Fica, de qualquer modo, como fundamento de sua proibição, o reconhecimento de que o consumidor tem um direito - de ordem pública - a não ser enganado, direito este agora adotado pelo direito brasileiro....não se exige prova de enganabilidade real, bastando a mera enganabilidade potencial ("capacidade de indução em erro")...o silêncio - como ausência de informação positiva - pode ser**

**enganoso... o *standard* de enganabilidade não é fixo, variando de categoria à categoria de consumidores (POR EXEMPLO, CRIANÇAS, idosos, doentes, rurícolas e indígenas são particularmente protegidos)... De fato, uma publicidade pode, por exemplo, ser completamente correta e ainda assim ser enganosa, seja porque INFORMAÇÃO IMPORTANTE FOI DEIXADA DE FORA, seja porque o seu esquema é tal que vem a fazer com que o consumidor entenda mal aquilo que se está, realmente, dizendo... .**

Em primeiro lugar, podemos identificar dois tipos básicos de publicidade enganosa: a por COMISSÃO e a por OMISSÃO...Já na publicidade enganosa por OMISSÃO, o anunciante DEIXA DE AFIRMAR ALGO RELEVANTE e que, por isso mesmo, INDUZ O CONSUMIDOR EM ERRO, isto é, DEIXA DE DIZER ALGO QUE É...Na caracterização da publicidade enganosa não se exige a intenção de enganar por parte do anunciante. É IRRELEVANTE, POIS, SUA BOA OU MÁ-FÉ...Logo, sempre que o anúncio for capaz de induzir o consumidor em erro - mesmo que tal não tenha sido querido pelo anunciante - CARACTERIZADA ESTA A PUBLICIDADE ENGANOSA...Tudo que se exige é prova de que o anúncio possui a tendência ou capacidade para enganar, mesmo que seja uma minoria insignificante de consumidores...

Na caracterização da publicidade enganosa o dano do consumidor é um mero *plus* (com implicações próprias notadamente na área penal).

....

"O erro potencial - consequência da enganabilidade - pode estar relacionado com qualquer dado dos produtos ou serviços: sua natureza, características,

**qualidade, quantidade, propriedade, origem ou preço...**

**Em suma: Para o legislador brasileiro, na avaliação do que seja publicidade enganosa (e no seu regramento civil), enxerga mais o anúncio do que propriamente a mente da pessoa que o produziu ou dele se aproveitou. O erro real, consumado, é mero exaurimento que, para fins da caracterização da enganiosidade é irrelevante."**

E mais adiante, comentando a capitulação da publicidade enganosa e abusiva **TAMBÉM** na Lei da Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo:

**"A indução efetiva do consumidor em erro tem importância na tipificação do crime do art. 7º., VII, da Lei n. 8.137/90 (Lei da Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo). O exaurimento da mensagem publicitária enganosa - ou seja, o dano publicitário individual - traz uma sanção mais dura, com base no citado dispositivo da Lei n. 8.137/90: é crime contra a relação de consumo "induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade de bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária"**

....

**O consumidor não precisa chegar às últimas conseqüências e adquirir, de fato, o produto ou serviço com base no anúncio. Basta que este tenha a mera capacidade de induzi-lo em erro para evidenciar-se a publicidade enganosa. O que importa não são os efeitos reais da publicidade, mas, ao contrário, sua *capacidade de afetar* decisões de compra.**

....na publicidade enganosa por omissão só a ausência de *dados essenciais* é reprimida...O Código nutre pela publicidade enganosa por omissão a mesma antipatia que manifesta pela publicidade enganosa comissiva. A enganiosidade por omissão consiste na preterição de qualificações necessárias a uma afirmação, na preterição de fatos materiais OU NA INFORMAÇÃO INADEQUADA.

....

A PUBLICIDADE ABUSIVA ... O conceito carrega a idéia de exploração ou opressão do consumidor.... Abusivo seria aquilo que ofende a ordem pública (*public policy*), o que não é ético ou o que é opressivo ou inescrupuloso, BEM COMO O QUE CAUSA DANO SUBSTANCIAL AOS CONSUMIDORES.... Não há previsão no Código sobre a publicidade de bebidas alcoólicas e de tabaco.... O legislador preferiu traçar uma principiologia geral, permitindo que o administrador e o próprio judiciário adaptassem o sistema casuisticamente.... RESPEITADOS, PORTANTO, OS PRINCÍPIOS GERAIS DO CÓDIGO (quanto às mensagens ENGANOSAS OU ABUSIVAS) a publicidade de tabaco e de bebidas alcoólicas permanece lícita... CLARO ESTÁ QUE O JUDICIÁRIO PODE FAZER VALER O REGRAMENTO ESPECÍFICO DE CADA UM DESSES SETORES. E, caso o entenda frouxo em demasia, lhe é lícito modificá-lo ou, ainda, NOS TERMOS DO ART. 102, *caput*, DETERMINAR AO PODER PÚBLICO QUE ATUE COM MAIS RIGOR NA SUA DISCIPLINA." (maiúsc. nossas)

Aliás, também em relação a defesa do consumidor no campo da propaganda manifesta-se HUGO NIGRO MAZZILLI, no volume acima citado, pág.99:

"Diariamente, na televisão, nos cartazes de rua, no cinema, em todos os lugares, não só o cidadão, mas até as crianças são assaltadas por propagandas mentirosas, que desrespeitam a inteligência das pessoas, como as que estimulam o vício do cigarro, ligando-o a pessoas bonitas, bem acompanhadas, felizes, ricas e bem sucedidas... Na verdade, a Constituição timidamente fez restrições a esse tipo de propaganda (art. 220, par. 4o.) a final, o próprio governo é o beneficiário dos impostos da indústria do tabaco. Gasta, porém, a médio e a longo prazo, muito mais com as doenças decorrentes do fumo, do que o que recebe dos respectivos impostos..."

No mesmo sentido, ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN, in DIREITO DO CONSUMIDOR vol. 4, editora RT - 1.992, págs. 102 e 103:

"Em primeiro lugar, o juízo de enganabilidade independe da existência de *dano real* sofrido por consumidores individualizados. O crime, como veremos, é de *perigo abstrato*..."

.....Neste sentido, o juiz perguntará: este anúncio é capaz de induzir em erro o consumidor? Não perguntará: este anúncio, de fato, induziu em erro um ou vários consumidores? Daí que "o erro real, consumado, é um mero exaurimento que, para fins da caracterização da enganabilidade, é irrelevante" Em outras palavras, o Ministério Público, como *dominus litis* não precisa, em tais casos, fazer prova da existência de enganos ocorridos efetivamente. Basta, *in casu*, que o juiz estime que a publicidade, pelas suas alegações, indicações ou apresentações, possuía a natureza de induzir em erro seus destinatários.

....Em terceiro lugar, a enganabilidade é apreciada tanto no seu contexto positivo (o que foi dito ou apresentado) como, também, com a mesma ênfase, na sua conotação negativa (o que deixou de ser dito,

mostrado ou informado). A simples omissão de um dado na publicidade - desde que essencial - pode ser capaz de induzir em erro o consumidor. Ou seja, em sede publicitária, o mero silêncio é sancionado. Naquela hipótese caracteriza-se a *publicidade enganosa comissiva*. Nesta, a *publicidade enganosa omissiva*."

autores: E, às folhas 119, 120 e 121, completa citando outros

"41. No mesmo sentido, José Geraldo Brito Filomeno, *Código Brasileiro...*, cit., p. 443; segundo Marco Antônio Zanellatto, "para sua consumação basta que, na oferta, seja feita afirmação relevante quanto a algum dos aspectos previstos no tipo. Prescinde-se, pois, de dano decorrente daquela conduta comissiva ou omissiva".

.....

54. "A grande novidade do Código, no âmbito penal, é, sem dúvida, a criminalização da publicidade enganosa" (Marco Antônio Zanellatto, art. cit., p.36).

"59. Conforme nota José Geraldo Brito Filomeno, "pouco importa que tenha havido "induzimento" ou não do consumidor em erro, mesmo porque em se tratando de publicidade abusiva e enganosa o que se tem em conta é a potencialidade ou perigo de dano *in abstracto* de uma coletividade de consumidores difusamente considerados" (*Código Brasileiro ... cit.*, p.444).

6. Em resumo, e evitando-se citar, por demasia ,outros autores que comungam da mesma tese, torna-se claro e ostensivo o repúdio do CDC, na defesa do consumidor, à publicidade enganosa e abusiva. **QUE SE ENQUADRA, COMO UMA LUVA, NA PUBLICIDADE PATROCINADA PELOS FABRICANTES DE CIGARRO ACIMA CITADOS.**

As referidas indústrias procuram criar na mente do consumidor, um claro liame entre o sucesso, as boas coisas da vida e o cigarro. A imagem é de que toda a pessoa que possui bens, tem saúde (?!?), bom relacionamento com o sexo oposto e a vida é fumante (doc.04). **NADA MAIS ENGANOSO E ABUSIVO A FERIR, PROFUNDAMENTE, O DIPLOMA LEGAL QUE DEFENDE O CONSUMIDOR.** Só este motivo já tipificaria o direito à indenização, eis que na verdade o cigarro causa, isto sim, uma série de doenças, exatamente o oposto do apregoado na propaganda. Este fato está amplamente corroborado por estudos feitos em diversos países, sendo esta informação de domínio público.(doc.05)

YY Mas, não é só pelas doenças causadas que devem responder os fabricantes de cigarros, existe um fator de responsabilidade bem mais sério que os efeitos do tabaco: **A INDUÇÃO AO VÍCIO PROVOCADO PELA NICOTINA E NÃO INFORMADO AO CONSUMIDOR.** Este é um fato concreto que atinge uma classe de forma homogênea: os fumantes, que são vítimas do acobertamento intencional da informação desde de há muito conhecido dos fabricantes, como se provará. Legalmente, esta falta de divulgação obrigatória ofende o elencado no CÓDIGO CIVIL e no CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. É a causa que provoca as doenças e que impede que o fumante, mesmo sabendo das conseqüências até letais do produto que utiliza, continua a consumi-lo. **FAZ ISTO, NUM SUICÍDIO LENTO PORQUE NÃO CONSEGUE PARAR COMO GOSTARIA.** É certo que alguns conseguem, geralmente os mais aquinhoados que podem pagar um tratamento mais longo e especializado, mas trata-se de uma minoria.

XY Este dado é escondido do consumidor pelos fabricantes de cigarro, que tem total conhecimento do assunto, agindo assim com **DOLO**, na continuidade de seus negócios. **ESTA É UMA DAS FUNDAMENTAÇÕES LEGAIS DO PRESENTE PROCESSO.**

Examinaremos em seguida a fundamentação técnica que provará, com sobejo, que a nicotina induz ao vício. X

### **DA NICOTINA COMO SUBSTÂNCIA VICIANTE**

7. O maior estudioso brasileiro sobre o cigarro, é o cientista paulista **PROF. DR. JOSÉ ROSEMBERG**, catedrático da cadeira de

doenças pulmonares da PUC - SP., que em sua notável obra citada acima, avantajado volume que reúne 888 referências bibliográficas, ensina à página 19 e seguintes:

**"a) a nicotina e seus derivados (alcalóides), responsáveis pela tabaco-dependência e efeitos sobre o sistema nervoso e circulatório;**

.....

**A nicotina é responsável pela tabaco-dependência. Com a inalação do fumo do cigarro absorve-se praticamente toda a nicotina naquele contido.**

.....

**O tabaco do cigarro é ácido e por isso, como se disse, a nicotina é absorvida pelos pulmões; ao contrário, o tabaco de cachimbo e do charuto é alcalino, absorvendo-se então a nicotina pela mucosa bucal. Isso explica por que os fumantes destes dois últimos não tem tanta necessidade de tragar o fumo para se satisfazer.**

.....

**Sendo a nicotina tóxica nem todos a toleram de imediato.**

.....

**Sendo a meia-vida biológica da nicotina no corpo humano de aproximadamente 20 a 30 minutos, em geral os fumantes sentem necessidade de fumar um cigarro em torno de cada meia hora, mantendo desse modo o nível desse alcalóide no sangue. Estudos mais recentes trouxeram a certeza de que a necessidade de fumar (tabaco-dependência) resulta da nicotina e provavelmente de seu metabólico, a cotinina. Essa dependência é responsável pela "síndrome de abstinência" que ocorre em graus variáveis nos fumantes ao suspenderem abruptamente o tabaco; os sintomas mais**

freqüentes são: sensação de necessidade de fumar, inquietação, irritabilidade, ansiedade, nervosismo, fadiga, transtornos do sono, do ritmo cardíaco, depressão, constipação intestinal e dificuldade para concentração e realização de trabalhos, às vezes mesmo os automáticos. Finalmente, a dependência à nicotina se demonstra também pela sua injeção endovenosa, que faz desaparecer os sintomas da síndrome de abstinência, com diminuição ou abolição da vontade de fumar. Está provado que a dependência à nicotina se desenvolve mais rapidamente que ao álcool e certas outras drogas como heroína. Desconhecem-se os mecanismos e os centros cerebrais pelos quais se processa essa dependência.

.....

Doses pequenas são excitantes, e maiores são depressoras.

.....

O número de batimentos cardíacos se eleva paralelamente com o teor do alcalóide no tabaco, entre 10 e 20 minutos a partir do momento em que se começou a fumar um cigarro, atingindo 130% a mais quando este contém 2 mg de nicotina...

.....

A nicotina possui marcada ação sobre o sistema nervoso central, atingindo o cérebro rapidamente dentro de 1 minuto após a primeira tragada e nele se fixando, podendo exercer efeitos estimulantes ou depressivos conforme as doses, tempo de uso e resposta orgânica. A ingestão de nicotina pelo macaco ou homem, na dose diária de 0,002 mg por quilo de peso corporal, produz redução das normas de comportamento, ou irritabilidade e agressividade.

.....

O papel dos efeitos da nicotina como reforçador positivo e negativo está adquirindo interesse pelas pesquisas recentes, sugerindo a existência de receptores específicos no sistema nervoso central, que podem ser bloqueados de maneira análoga à dos antagonistas do ópio. A nicotina pode afetar todos os órgãos pela ação estimuladora em pequenas doses e ser depressiva em doses maiores sobre todos os nervos que são ativados pela acetilcolina.

.....

Mais recentemente ainda se constatou o efeito broncoconstritor da nicotina, aumentando a resistência bronquial à ventilação respiratória. Finalmente, ela influi também na diminuição do consumo de oxigênio e da atividade da enzima adenosina trifosfatase dos macrófagos alveolares, prejudicando a função fagocitária destes últimos." (sublinhados nossos - doc.06)

8. Mais impressionante, ainda, lê-se no artigo publicado na revista "Desperta", de 22/05/95, do qual ressaltam-se alguns trechos, juntando-se cópia (doc.07):

"O cigarro é um dos produtos de consumo mais vendidos no mundo...O único problema é que seus melhores clientes morrem um a um...São também os únicos produtos (legais) que, usados como manda o figurino, VICIAM a maioria dos consumidores e muitas vezes o matam..."O fumo mata 420.000 americanos por ano", diz a revista *Newsweek*... No mundo todo, três milhões de pessoas por ano - seis por minuto - morrem por causa do fumo...Se persistirem os atuais padrões de tabagismo...haverá cerca de 10 milhões de mortes por ano causadas pelo fumo - uma morte a cada três segundos...

**Os fatos mostram que os países em desenvolvimento são seu alvo, não importa o custo em vidas humanas..."A nova batalha do Terceiro Mundo é contra o fumo"...Um artigo na revista *U.S. News & World Report* calcula em 3,1 milhões a quantidade de fumantes adolescentes nos Estados Unidos. Todo dia, 3.000 jovens começam a fumar - 1.000.000 por ano.**

**A publicidade de certo cigarro apresenta a imagem de um personagem de desenho animado, muitas vezes com um cigarro na boca...Essa publicidade é acusada de engodar crianças e adolescentes, tornando-os ESCRAVOS DA NICOTINA...Consta que o produto de consumo mais vendido no mundo é um cigarro que controla 69% do mercado entre os fumantes adolescentes...Como um incentivo a mais, todo maço traz cupons que podem ser trocados por *jeans*, bonés e roupas esportivas do gosto da moçada...o público-alvo de determinada marca no Canadá eram rapazes de 12 a 17 anos...Em Hong Kong, há crianças de 7 anos que já fumam...**

**" A presença da nicotina não faz do cigarro uma droga nem do fumo um vício", disse o diretor geral de uma fábrica de cigarro."**

.....

**Se o cigarro não vicia, por que os fabricantes de cigarro tentam manipular os níveis de nicotina em seus produtos? "Por causa do sabor", explicou outro executivo. Será que não existe nada pior do que um cigarro sem sabor? Quando lhe mostraram pilhas de pesquisas dos arquivos de sua própria empresa sobre o poder viciador da nicotina, ele se apegou ao argumento sabor.**

.....

**Um ex-senador, que já foi fumante inveterado e bem-remunerado lobista pró-tabaco, descobriu recentemente que tem câncer de garganta, pulmão e fígado. Agora ele tem profundos remorsos e lamenta ver que a pessoa se sente um idiota por "ficar de cama com uma doença que causou a si mesma".**

.....

**A que evasiva os fabricantes de cigarro tentam recorrer para safar-se das acusações? Eles se apegam obstinadamente a um fato presumível: os fumantes conseguem parar de fumar. Por isso, dizem eles, a nicotina não vicia. Mas o que as estatísticas indicam é outra coisa. É verdade que 40 milhões de americanos pararam de fumar mas 50 milhões ainda fumam, e 70% destes dizem que querem parar. Dos 17 milhões que todo ano tentam para, 90% desistem no prazo de um ano.**

**Depois de submetidos a uma cirurgia de câncer de pulmão, aproximadamente 50% dos fumantes americanos voltam a fumar. Dos fumantes que sofrem um ataque cardíaco, 38% voltam a fumar mesmo antes de receber alta. Quarenta por cento dos fumantes cuja laringe é removida por causa do câncer tentam fumar de novo.**

.....

**Existem mais de 2.000 estudos só sobre a nicotina. Eles revelam que a nicotina é uma das substâncias mais viciadoras que o homem conhece e uma das mais prejudiciais. Ela acelera o ritmo cardíaco e contrai os vasos sanguíneos. É absorvida pela corrente sanguínea em sete segundos - com mais rapidez até do que uma injeção na veia. Condiciona o cérebro a querer mais, um desejo insaciável que há quem diga ser duas vezes mais viciador do que a heroína.**

Será que os fabricantes de cigarro, apesar de tudo o que negam, estão cientes das propriedades viciadoras da nicotina? Tudo indica que sabem disso há bastante tempo. Por exemplo, um relatório de 1.983 mostra que um pesquisador de certo fabricante de cigarros notou que ratos de laboratório manifestam sintomas clássicos de dependência e administravam doses de nicotina em si mesmos a intervalos regulares ao pressionar alavancas. Segundo consta, esse estudo foi logo abafado pela indústria do tabaco e descoberto recentemente.

.....

Duas coisas ficaram claras depois de anos de experimentos: A NICOTINA VICIA E O CIGARRO MATA.

.....

Acusando-os de manipulação deliberada, o comissário David Kessler, da Administração de Alimentos e Remédios (FDA), dos Estados Unidos, disse: "Alguns dos cigarros de hoje podem de fato, ser classificados como sistemas *high-tech* de liberação de nicotina em quantidades calculadas com a mais minuciosa precisão... suficientes para criar e sustentar o vício."

Kessler revelou que os fabricantes de cigarro possuem várias invenções patenteadas que comprovam suas intenções. Uma delas é uma variedade de tabaco com características genéticas alteradas cujo teor de nicotina é o mais alto que se conhece. Em outro processo, o filtro e o papel são tratados com nicotina para aumentar o nível dessa substância no cigarro. Há ainda o processo que faz com que nas primeiras tragadas o fumante inale mais nicotina do que nas últimas. Além disso, certos documentos da indústria do tabaco mostram que se acrescentam ao cigarro componentes da amônia para que o tabaco libere mais nicotina."(m. nossas)

9. Em resumo, as indústrias que exploram comercialmente o tabaco neste país, principalmente sob a forma de cigarros, apesar de veicularem a frase obrigatória legal (o ministério da saúde informa: fumar é prejudicial à saúde), **OMITEM** um dado essencial: o de que a **NICOTINA PRODUZ DEPENDÊNCIA** fazendo com que o consumidor se torne uma vítima perene do produto, não raro levando à falência orgânica e à própria morte! E as empresas fabricantes de cigarro disso sabem há muito tempo, tanto que estão desenvolvendo, num milionário investimento em terras brasileiras, folhas de tabaco geneticamente modificadas, com maior teor de nicotina, no intuito único de provocar a curto prazo a dependência física.

10. Os documentos aqui anexados provam cabalmente o cunho enganoso e abusivo desta publicidade. Com a devida venia, ressaltaremos alguns trechos para melhor alicerçar nosso postulado:

**a) "FDA COLOCA CIGARRO NA CATEGORIA DE DROGA" (doc.08);**

**"A Administração de Drogas e Alimentos dos Estados Unidos (FDA) concluiu pela primeira vez que a nicotina é uma droga que precisa ser regulamentada..." "O fumo está virando uma doença pediátrica"...de a nicotina ser considerada droga capaz de viciar".**

**b) "MAIORIA DAS FUMANTES É VICIADA EM NICOTINA" (doc.09)**

**"Quatro em cada cinco mulheres fumantes são viciadas em nicotina, o que dificulta o abandono do hábito de fumar.. relataram ao menos um sintoma de vício em nicotina, como sentimento de dependência com relação ao cigarro, necessidade de mais cigarros para conseguir o mesmo efeito..."**

**c) "O TABACO MUTANTE" (doc.10);**

**...a "Brown & Williamson...há tempos usa um tipo de tabaco geneticamente alterado para adquirir o**

dobro do teor de nicotina e, desse modo, aumentar a dependência dos fumantes...O tabaco mutante, batizado com o código Y-1, tem em sua composição 6,2% de nicotina, enquanto o tabaco normalmente usado pelas indústrias tem 1% a 3% do componente... e é cultivado no Brasil...pela Souza Cruz, empresa irmã da Brown & Williamson...A própria patente do novo tabaco foi requerida junto aos órgãos brasileiros...A Souza Cruz...diante das provas, admitiu ter produzido e exportado para os Estados Unidos 1.103 toneladas do Y-1...A empresa, no entanto continua a se fazer de boba...Depois de tantas mentiras, acredite se quiser...a indústria de cigarros tem usado recursos sórdidos.

...a secretária da Justiça dos Estados Unidos, Janet Reno, anunciou que o governo estuda a possibilidade de entrar com um processo criminal contra os dirigentes das indústrias de cigarro por perjúrio, fraude e contrabando...ocultando evidências de que o cigarro faz mal à saúde e de que a nicotina provoca dependência ...o cigarro passe a receber a classificação de droga e, como tal, seja submetido a normas que regem os remédios que causam dependência...seria possível proibir qualquer tipo de publicidade...em 1.988, o Ministério da Saúde divulgou estudo confirmando que a nicotina contida no cigarro cria dependência física equivalente à da cocaína ou da heroína...Com a repetição do processo, surge a dependência."  
(subl. nossos)

d) "FUMAÇA MALIGNA" (doc.11);

"O governo americano dá indícios de que poderá admitir O QUE TODO O MUNDO JÁ SABE HÁ PELO MENOS VINTE ANOS – QUE O CIGARRO VICIA E A NICOTINA...É UMA DROGA COMO O ÁLCOOL OU A COCAÍNA...o

**estudo tem dois volumes. O primeiro é um parecer técnico que diz QUE O CIGARRO CAUSA DEPENDÊNCIA...Classificar o cigarro como droga é senso comum entre os médicos..."Para a medicina está mais do que provado que A NICOTINA CAUSA DEPENDÊNCIA... Maconha, cocaína, álcool e tabaco são drogas que causam dependência"**

Aliás, esta posição já é amplamente defendida por setores do próprio governo como percebe-se pelas declarações do **Dr. LUÍS DANIEL PEREIRA, COORDENADOR DAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR DE S. PAULO**, transcritas pelo jornal Folha de S. PAULO, de 23/06/94: **"...COMO A NICOTINA CAUSA DEPENDÊNCIA, a informação sobre a quantidade da substância deve estar no maço de cigarros...Todos sabem que o cigarro faz mal à saúde E VICIA...esse princípio poderia nortear ação em que o consumidor pediria ao fabricante REPARAÇÕES PELA OMISSÃO DA INFORMAÇÃO...EM UMA AÇÃO APRESENTADA POR UM CONSUMIDOR, a Justiça pode determinar que FABRICANTE PROVE QUE O CIGARRO NÃO CAUSA DEPENDÊNCIA"** (m. nossas) (doc.12).

Como também ressalta **DR. MARCELO SODRÉ, COORDENADOR DO PROCON DE S. PAULO**, também no jornal Folha de S. PAULO, de 07/08/94: **"Anúncio enganoso é aquele inteiro ou parcialmente falso, ou OMISSO EM RELAÇÃO À ASPECTOS IMPORTANTES DO PRODUTO, VISANDO CONFUNDIR OU ENGANAR. ABUSIVA É A PROPAGANDA que... ou INDUZ O CONSUMIDOR A SE COMPORTAR DE FORMA PREJUDICIAL OU PERIGOSA À SUA SAÚDE..."** (m. nossas) (doc.13)

11. Portanto, queda-se mais do que provado que a nicotina contida nos cigarros **provoca dependência física e até mesmo psíquica**. E a indústria do fumo tanto disso tem conhecimento que, às escondidas tentou desenvolver um novo tabaco com maior teor do produto. E aqui em nossa terra, mais precisamente no Rio Grande do Sul (doc.14). A tentativa era de criar a **"supernicotina"**, com o objetivo de **aumentar a dependência do fumante ao cigarro**" (docs. 15 e 16). Posteriormente, fontes das empresas passaram a negar

o fato. Mas, como fazê-lo se tentou patentear o novo fumo junto ao INPI, sob o número PI 9203690 A? (doc.17). Patente esta que iria ser rejeitada pelo governo (doc.14). Assim, caracteriza-se ainda mais o **dolo** das companhias de cigarro, que parecem não demonstrar nenhum respeito para com seu público consumidor, enganando-os habilmente enquanto auferem lucros monumentais.

## DO DEVER DE INDENIZAR

✔ "Porque faltaste a teu dever praticando (ou omitindo) tal ato?"

(G. Marton, "Les Fondements de la responsabilité civile", Paris, 1938, n.86, p.263 "apud" Respons.Civil, Rui Stoco, RT, p.39)

12. Assim, restando plenamente demonstrado o dolo - no mínimo a culpa - dos réus em função da publicidade enganosa e abusiva, caracterizada pela omissão informativa sobre a propriedade viciante do componente nicotina de seu produto, incumbe-lhes o precípua e obrigatório **DEVER DE INDENIZAR**, consoante o disposto nos artigos úteis do CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Mesmo porque, sendo ato ilícito, constitui delito civil, violando a lei. ("Curso de Direito Civil", Ed. Saraiva, 71, 8a. ed., vol. I, p. 285). E "da prática do ato ilícito decorre a responsabilidade do agente" (Responsabilidade Civil, Rui Stoco, RT, 94, p. 38).

13. Com efeito, o art. 159 do CC. estipula que "aquele que, por ação ou **OMISSÃO VOLUNTÁRIA**, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, **FICA OBRIGADO A REPARAR O DANO**." (maiúsc. nossas). Assim como também obriga o art.60.: "São direitos básicos do consumidor:...VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos" que c/c o art.37, par.13o., do CDC: "para os efeitos deste Código a publicidade é **ENGANOSA POR OMISSÃO QUANDO DEIXAR DE INFORMAR SOBRE DADO ESSENCIAL DO PRODUTO OU SERVIÇO**" (maiúsc.nossas) define a responsabilidade objetiva do fabricante. Também, segundo Silvio Rodrigues, "o princípio informador de toda teoria da responsabilidade é aquele que impõe **A QUEM CAUSA O DANO O DEVER DE REPARAR**" (Direito Civil, vol.5,

n.- m.nossas). No presente caso inserem-se os pressupostos básicos de responsabilidade, culpabilidade e imputabilidade.

14. "O veto do dispositivo em questão não afasta a possibilidade de se responsabilizar o fornecedor, no âmbito civil, pelos danos decorrentes da publicidade enganosa ou abusiva. Isto porque o consumidor lesado poderá fundamentar a sua pretensão no art. 159 do Código Civil. A realização da publicidade enganosa ou abusiva é ilícita, e, portanto os danos decorrentes devem ser indenizados por quem a promove." (Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, diversos autores, p. 162, Fábio Ulhoa Coelho, Ed.Saraiva, 1a.ed., subl.nossos). Corroborando ainda mais o pretendido ensina **CARLOS EDUARDO FARACO BRAGA**, "in" Direito do Consumidor 7, RT, p. 110: "Para bem se compreender as regras da distribuição probatória em sede de Código de Defesa do Consumidor é indispensável lembrar que o Código, como regra geral, adotou a responsabilidade objetiva, **SEGUNDO A QUAL O DEVER DE INDENIZAR INDEPENDENTE DA EXISTÊNCIA DE CULPA**, tal como prescrevem os arts. 12, 14 da mencionada lei."(m.nossas)

15. Permite-se, para mais ainda enfatizar o dever de indenizar e a responsabilidade inquestionável dos réus, reproduzir abaixo trechos do compêndio do eminente autor **RUI STOCO**, já citado acima, p. 40 em diante:

**"A responsabilidade civil decorre da ação ou omissão, dolosa ou culposa, cuja consequência seja a produção de um prejuízo (Cretella Jr., op. cit., p.43)....Isso significa que, em sua interação na sociedade, ao alcançar direito de terceiro, ou ferir valores básicos da coletividade, o agente deve arcar com as consequências, sem o que impossível seria a própria vida em sociedade. Nasce, assim, então, a teoria da responsabilidade....Entende-se, pois, que os atos ilícitos, ou seja, praticados com desvio de conduta... devem submeter o lesante à satisfação do dano causado a outrem...**

**Desse modo, deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que,**

desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência, ou imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato).

...

Este comportamento gera, para o autor, a responsabilidade civil...Deve, pois, o agente recompor o patrimônio do lesado, ressarcindo-lhes os prejuízos acarretados...Diz Sílvio Rodrigues: "Princípio geral de direito...é aquele que impõe, a quem causa dano a outrem, O DEVER DE O REPARAR"..." (m.nossas)

16. E, mais adiante, determina, citando o consagrado autor Cretella Jr.: "Os pressupostos da responsabilidade, segundo Cretella Jr., são: a) aquele que infringe a norma; b) a vítima da quebra; c) o nexo causal entre o agente e a irregularidade; d) o prejuízo ocasionado - o dano a fim de que se preceda à reparação..." Ora, no caso em tela, presentes estão, TODOS estes postulados: Sem dúvida os réus infringiram as normas não só do CCivil como também do CDC, no tocante à omissão das informações sobre seu produto que conhecia de antemão; as vítimas da quebra da norma de conduta são os consumidores-fumantes; o nexo causal é claríssimo (quem fabrica o produto: os réus, e quem os utiliza: os autores); o prejuízo ocasionado - o dano - que nada mais é do que **A OBRIGATORIEDADE DA COMPRA DIÁRIA DO PRODUTO, COMPULSORIAMENTE, POR FORÇA DO VÍCIO A QUE ESTÃO ATRELADOS.**

Continua o eminente jurista seus ensinamentos:

"Ação e omissão constituem, por isso mesmo, tal como no crime, o primeiro momento da responsabilidade civil. Parafraseando o grande Frederico Marques, a conduta humana relevante para essa responsabilização apresenta-se como

**"ação" ou como "omissão". Viola-se a norma jurídica ou através de um "facere" (ação), ou de um "non facere" (omissão)..."**

17. Estando claramente definida a responsabilidade civil dos réus cabe, sem que seja necessário maior aprofundamento a indenização aos autores, nem que seja só por culpa *in omittendo*. **"Quando o agente procede voluntariamente, e sua conduta voluntária implica ofensa ao direito alheio, advém o que se classifica como procedimento culposo"** (ainda Rui Stoco). No entender de Savatier a culpa é **"a inexecução de dever que o agente deveria conhecer e observar"**. Portanto, havendo o resultado (o vício dos fumantes) configurada está a culpa do fabricante - no caso culpa aquiliana. Provocou o resultado é mister que pague por isto.

18. Mas, no presente caso, ainda se infere tratar-se de **RESPONSABILIDADE CIVIL DOLOSA** eis que os réus, com todos os recursos técnicos e econômicos que possuem, sem dúvida conhecem de sobra a composição química e o poder das substâncias que compõem o cigarro. Nem venham querer que se acredite não conhecerem os poderes químicos dos componentes de seu produto. Conhecem-nos, e de sobejo, sabendo muito bem das propriedades viciantes da nicotina, como bem se demonstrou acima, agindo então de forma autenticamente dolosa. Reporta-se, na sustentação desta tipificação, mais uma vez ao autor Rui Stoco em seu compêndio acima citado, págs. 44 e seguintes:

**"A conduta reprovável por sua parte, compreende duas projeções: o dolo, no qual se identifica a vontade direta de prejudicar, configura culpa no sentido amplo... Quando existe intenção deliberada de ofender o direito, OU DE OCASIONAR PREJUÍZO A OUTREM, há o dolo, isto é, pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar.**

**A culpa, uma vez que se configura, pode ser produtiva de resultado danoso, ou inócua. Quando tem conseqüência, isto é, quando passa do plano**

**puramente moral para a execução material, esta se apresenta sob a forma de ato ilícito.**

....

**À responsabilidade civil só esse resultado interessa, vale dizer, só com a repercussão do ato ilícito no patrimônio de outrem é que se concretiza a responsabilidade civil e entra a funcionar o seu mecanismo.**

.....

**Quando existe intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. Se não houve esse intento deliberado proposital, mais o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa ("stricto sensu").**

**A culpa, enquanto a "in omitendo" decorre de abstenção (negligência)." (cf. Washington de Barros Monteiro)**

**Partindo-se do princípio geral de que a culpa se corporifica em ato ilícito e este é a violação de um dever preexistente, passa-se à verificação de que esse dever tanto pode ser de ordem legal, como um preceito moral determinado ou uma obrigação geral de não prejudicar ou, ainda um dever contratual.**

.....

**Na culpa aquiliana, é necessário o dever negativo ou obrigação de não prejudicar, e, comprovado o comportamento antijurídico evidenciar que ele percutiu na órbita jurídica do paciente, causando-lhe um dano específico (Mazeaud e Mazeaud, "Responsabilité Civile", vol. I, n.338; Van Ryn, op. cit., n. 19; De cupis, "Il danno", p.61; Leonardo**

Colombo, "Culpa aquiliana", p.43; Agostinho Alvim, "Inexecução das Obrigações", n.168; Eduardo Bonasi Benucci, "La responsabilité civile", vol. I n.19; René Rodière, "La responsabilité civile", p.27)

Em sentido amplo, dolo civil é todo artifício empregado para enganar alguém ("dolus est consilium alteri nocendi")."

E, mais adiante, continua seu magistério:

"Em sentido restrito e técnico, dolo é, consoante definição de Clóvis, o artifício ou expediente astucioso empregado para induzir alguém à prática de um ato, que o prejudica, e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro. Aceitável é, em princípio, essa definição, conquanto se ressinta de certa ambigüidade".

Aduz Caio Mário que "Modernamente, o conceito de dolo alargou-se, convergindo a doutrina no sentido de caracterizá-lo na conduta antijurídica, sem que o agente tenha o propósito de prejudicar. Abandonando a noção tradicional do "animus nocendi" (ânimo de prejudicar), aceitou que a sua tipificação delimita-se no procedimento danoso, com a consciência do resultado. PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DOLO NÃO HÁ MISTER PERQUIRIR SE O AGENTE TEVE O PROPÓSITO DE CAUSAR O MAL. Basta verificar se ele procedeu consciente de que o seu comportamento poderia ser lesivo. Se a prova da intenção implica a pesquisa da vontade de causar o prejuízo, o que normalmente é difícil de se conseguir, a verificação da consciência do resultado pode ser averiguada na determinação de elementos externos que envolve a conduta do agente. (Karl Larenz, "Obrigaciones" vol. I, n. 38; Agostinho

**Alvim, "Da inexecução das Obrigações", p.227)"  
(m.nossas)**

**"Quem, por omissão voluntário, causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano". (TJPR - 3a.C. - Ap. - Rel. Said Zantute - j 18.9.79 - RT 549/203)**

Neste contexto, já tem se manifestado os Tribunais, determinando sejam pagos os danos indenizatórios decorrentes de responsabilidade civil, como se infere pelos docs. 18 (400 s.mínimos devido a um corpo estranho dentro de um garrafa de refrigerante); 19 (multa de U\$ 15,6 milhões por um hambúrguer estragado) e 20 que traz notícia de recente pedido **indenizatório PELA MORTE DE FUMANTE, NO RIO DE JANEIRO**. Está mais do que chegada a hora das companhias fabricantes responderem pelos danos e falta de responsabilidade com relação aos seus consumidores. Não estamos mais na era do *caveat emptor* mas sim do *caveat venditor* !

### **DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA**

19. Definidas que foram a responsabilidade dos réus e sua participação no evento danoso de forma dolosa, ou no mínimo culposa, ainda assiste ao consumidores-autores o privilégio da inversão do ônus da prova.

Estipula o art.6o. do CDC: "**São direitos básicos do consumidor: ...**

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

E o art.38 ressalta:

**"O ônus da prova da veracidade, e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina."**

20. Já preleciona **HUGO NIGRO MAZZILLI**, no op. citado acima p. 101: "Além disso, o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária, cabe a quem as patrocina." E, ainda, **JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO**, informa também no volume acima citado (Código Brasileiro..., 2a.Ed, pág. 71): "Já com a inversão do ônus da prova, aliada à chamada "culpa objetiva", não há necessidade de provar-se dolo ou culpa..."

Na Revista Direito do Consumidor 7, fls. 110 a 115, no dizer de **MARCO AURÉLIO MOREIRA BORTOWSKI**, artigo "A CARGA PROBATÓRIA SEGUNDO A DOCTRINA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR":

"...É indispensável lembrar que o Código, como regra geral, adotou a responsabilidade objetiva, segundo a qual o dever de indenizar independe da existência de culpa, tal como prescreve os arts. 12, 14 da mencionada lei...Finalmente, o Código inclui como direito básico do consumidor a facilitação da defesa do seu direito, inclusive com a inversão do ônus da prova, tal como prescreve o art. 60., VIII....As causas excludentes de responsabilidade importam em encargo probatório, por parte do fornecedor, na medida em que se encontra melhor aparelhado para demonstrar a sua irresponsabilidade....O parágrafo único do art.333 do CPC permite a convenção da distribuição do encargo probatório, desde que não recaiam sobre o direito indisponível da parte ou que tornem excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

.....

Em primeiro, a inversão do ônus da prova é instituto que apenas beneficia o consumidor e tem o fito de igualar materialmente as partes....Cremos que a norma é cogente uma vez presentes os pressupostos da aplicação da regra o Juiz é obrigado a proceder a inversão do encargo probatório...As regras insertas no Código são

**normas de ordem pública e interesse social...São direitos indisponíveis. Dispõe o art.333, I do CPC que qualquer convenção sobre o encargo probatório que recair sob direito indisponível é nula...Não parece correto, no particular, o pensamento do Prof. César Antonio da Silva quando sustenta ser mera faculdade do juiz a determinação da inversão...Por isso, bem adverte Karl Engisch, que a discricionariedade judicial não é livre."**

E termina o laureado autor em conclusão:

**"2. A determinação do ônus da prova, com a possibilidade de sua inversão é norma de caráter público e interesse social, cuja aplicação é de caráter cogente, pelo juiz.**

.....

**4. A inversão do encargo probatório, segundo estabelece o Código do Consumidor, não vulnera os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.**

**5. A inversão do fardo probatório decorre do princípio da igualdade material consagrado na Carta Política.**

**Sua finalidade é exatamente igualar, na relação de consumo, o consumidor e o fornecedor.**

**6. O Código do Consumidor, no particular, não modificou o Código de Processo Civil.**

21. Nesta vertente a obrigatoriedade de provar transfere-se aos réus na medida em que sua pujança econômica ultrapassa em muito a dos autores que, como consumidores, já são de "per si" hipossuficientes.

No entanto, mesmo não se levando em conta "ad argumentandum" a ingerência do Código de Defesa do Consumidor, a própria lei civil favorece aos autores representados pela ADESF.

Como também se pode inferir pela lição de Rui Stoco (vol. citado acima, p.47 e 48):

**Preleciona Aguiar Dias que, "se é relativamente fácil provar o prejuízo, o mesmo já não acontece com a demonstração da culpa. A vítima tem à sua disposição todos os meios de prova, pois não há, em relação à matéria, limitação alguma. Se, porém fosse obrigada a provar, sempre e sempre, a culpa do responsável, raramente seria bem sucedida na sua pretensão de obter ressarcimento...na admissão do recurso à inversão da prova, como fórmula de assegurar ao autor as probabilidades de bom êxito que de outra forma lhe fugiriam totalmente em muitos casos. Daí decorrem as presunções de culpa e de causalidade estabelecidas em favor da vítima: com esse caráter, só pela vítima podem ser invocadas. Assim, o princípio que ao autor incumbe a prova não é derogado em matéria de responsabilidade civil, mas recebe, nesse domínio, em lugar de seu aparente sentido absoluto, uma significação especial, que por atenção a outra norma ("réus in excipiendo fit actor"),vem a ser esta: "aquele que alega um fato contrário à situação adquirida do adversário é obrigado a estabelecer-lhe a realidade."**

**...Ora, quando a situação normal, adquirida, é ausência de culpa, o autor não pode escapar à obrigação de provar toda vez que, fundamentamente, consiga o réu invocá-la. Mas se, ao contrário, pelas circunstâncias peculiares à causa, outra é a situação-modelo, isto é, SE A SITUAÇÃO NORMAL FAÇA CRER NA CULPA DO RÉU, JÁ AQUI SE INVERTEM OS PAPÉIS: é ao**

**responsável que incumbe mostrar que, contra essa aparência, que faz surgir a presunção em favor da vítima, não ocorreu culpa de sua parte. Em tais circunstâncias, como é claro, a solução depende preponderantemente dos fatos da causa, revestindo de considerável importância o prudente arbítrio do juiz na sua apreciação....Conclui o autor citado: "o que se verifica, em matéria de responsabilidade, é o progressivo abandono da regra "actori incumbit probatio", no seu sentido absoluto, em favor da fórmula de que a prova incumbe a quem alega contra a normalidade, que é válida tanto para apuração de culpa como para verificação da causalidade." (m. e subl.nossos)**

22. Em conclusão, ficam sujeitos os réus a trazerem aos autos provas **IRRETOCÁVEIS E ABSOLUTAS** de que a nicotina não induz ao vício, não provoca desgaste patrimonial do consumidor-fumante por compulsão, em virtude - e como decorrência - da publicidade enganosa e abusiva que veicula. Caso contrário **ESTARÃO OBRIGADOS AO DEVER DE INDENIZAR**, que já seria líquido e certo pelo simples fato da responsabilidade civil (dolosa ou culposa) preconizada no Código Civil em vigor.

Não há outra consideração a ser feita: cabe aos réus, pelo CDC e pelo próprio CC, a prova de sua conduta **CORRETA** e dentro dos termos legais, prova esta, inclusive, fática. **Sem o que deverão ser condenados ao ressarcimento dos danos sofridos pelos autores, aqui representados pela ADESF.**

### **DA SENTENÇA**

23. O art. 95 do CDC determina (v.g.): **"Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados."** Assim como, o art. 286 do CPC, aceita a formulação do pedido genérico quando diz do seu inciso II (v.g.): **"quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito."** e, na nota 6 do rodapé, comentando este artigo, na 26a. edição, CPC, Ed. Saraiva, **THEOTÔNIO NEGRÃO**, pág.271, lê-se:

**"Admite-se o pedido genérico, segundo os termos do art. 286, II, do CPC, quando se sabe o "an debeat" (o quanto é devido) (Moacyr Amaral Santos). Doutra parte, não se rejeita o requerimento genérico se, mesmo deficientemente formulado, permitir a correta compreensão de seu alcance e a ampla defesa da parte adversa"(STJ - Bol. AASP. 1.774/495).**

24. Entende, igualmente, desta forma **HUGO NIGRO MAZZILLI**, à pág. 107 de seu trabalho **A DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS EM JUÍZO**, já mencionado acima: **"Sobrevindo condenação, será esta genérica fixando-se apenas a responsabilidade do réu pelos danos causados (art. 95 do CDC). A execução poderá ser coletiva, podendo requerer os mesmos legitimados ativos para ação civil pública (art.98 do CDC)... No caso de lesão ao consumidor, a própria sentença condenatória, levando em conta o dano e quantidade de lesados, se conhecida, fixará o valor da indenização, por aquilo que a lesão tiver de uniforme para todos."**

Mais adiante, às folhas 320 continua este autor: **"O Código do Consumidor previu que para defesa de interesses a que chamou de individuais homogêneos, pode ser ajuizada ação coletiva de cuja procedência resultará condenação genérica, fixado a responsabilidade do réu pelos danos causados (arts.91 e 95)"**.

Também preleciona a respeito **ADA PELLEGRINI GRINOVER**, in **CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**, conforme adrede referido, às folhas 549 e adiante:

**"A sentença condenatória reconhece o dano e estabelece o dever de indenizar, ficando os destinatários e a extensão da reparação a serem apurados em liquidação da sentença...A sentença genérica do art.95 é, portanto, certa e ilíquida. Enquadra-se no disposto no art.586, par. 1o. do CPC, que contempla a condenação genérica como aquela que, reconhecendo em definitiva o direito,**

**há de ser liquidada para "estabelecer o *quantum*, ou a *res*, ou o *facere* ou *non facere*...**

**Como se viu... a sentença condenatória, que a lei considera genérica, é certa mas ilíquida...Por intermédio dos processo de liquidação ocorrerá uma verdadeira habilitação das vítimas e sucessores capaz de transformar a condenação pelos prejuízos globalmente causados do art.95 em indenizações pelos danos individualmente sofridos. Aliás, é a própria lei, que no art.100, utiliza a expressão habilitação dos interessados.**

**....E não há dúvida de que o processo de liquidação da sentença condenatória, que reconheceu o dever de indenizar e nesses termos condenou o réu, oferece peculiaridades com relação ao que normalmente ocorre nas liquidações de sentença. Nestas, não se perquire a respeito do *an debeatur*, mas somente sobre o *quantum debeatur*. Aqui, cada liquidante, no processo de liquidação, deverá provar, em contraditório pleno e com cognição exauriente, a existência do seu dano pessoal e nexu etiológico com o dano globalmente causado (ou seja, o *an*), além de quantificá-lo (ou seja, o *quantum*).**

**....Com efeito, limitando-se a condenação - genérico, nos termos do disposto no art.95 - fixar a responsabilidade do réu pelos danos causados, será agora necessário, a cada prejudicado, demonstrar a existências dos prejuízos *sofridos*. Havendo, assim, necessidade de alegação e prova de fatos novos, a liquidação necessariamente ser feita por *artigos*, consoante disposto nos arts.608 e 609 do CPC. Os fatos a serem provados não são outros senão os indicados pelo dispositivo vetado: a existência do dano individual, o nexu da causalidade com o dano genérico reconhecido pela sentença, bem como o montante do primeiro".**

25. Já no excelente compêndio "MANUAL DO CONSUMIDOR EM JUÍZO", de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, Ed. Saraiva, p.115, examinado o assunto, conclui-se:

"Nestas ponderações iniciais sobre a execução no CDC, cabe ressaltar que, no processo do conhecimento, a vários respeito esse Código optou pela *responsabilidade objetiva* (arts.12 e 14); todavia, tal regime não se traslada para fase de execução, onde os consumidores individualmente lesados buscarão ressarcimento: nessa oportunidade, hão de ser demonstrados o *an debeatur* (= o dano pessoal, mais o nexo de causalidade) e o *quantum debeatur*. De observa-se que a sentença é de condenação *genérica* (art.96), mas daí não se extrai em absoluto, que não seja *certa*: ao contrário, *claramente reconhece o dano e estabelece o dever de indenizar*, ficando para execução apenas a identificação dos beneficiários individuais e, pois, a fixação da extensão global da reparação. Como diz Ada Pellegrini Grinover, reportando-se a Alcides de Mendonça Lima: "A sentença genérica do art.95 é, portanto, *certa e ilíquida*. Enquadra-se no disposto no art.586, par. 1o., do CPC, que contempla a condenação genérica como aquela que, reconhecendo em definitivo o direito, há de ser liquidada para "estabelecer o *quantum* ou a *res*, ou o *facere* ou *non facere*".

26. Correndo o risco do excesso, ou da prolixidade, mas no intuito da completa elucidação do tema permite-se resumir as ponderações de mesmo festejado autor RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *in* COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR, 1ª. ed. Ed. Saraiva - diversos autores, p. 331 e demais:

"Com exceção, todavia, o CPC admitiu a formulação de *pedido genérico* em três hipóteses (incisos I a III do art.286), parecendo-nos

**pertinentes considerar a do n. II: "quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou fato ilícito"...É também por causa da *natureza das coisas* (no caso, da natureza dos interesses metaindividuais postos em juízo) que se pode compreender tenha o art.95 do CDC previsto uma "condenação genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados". Fixada essa responsabilidade (o *an debeatur*), apurar-se-á, em liquidação de sentença, o *quantum debeatur*, devido a cada consumidor que se apresente e demonstre o seu dano individual e o nexo causal".**

A propósito, José Geraldo Brito Filomeno relata interessante caso:

**... em que "um tribunal norte-americano, embora apreciando ações individuais de mulheres vítimas de infecções graves ou esterilidade em face do uso do dispositivo intra-uterino denominado "Dalkon Shield", e fixando as respectivas indenizações, determinou ao fabricante que passasse a percorrer todos os países em que o mencionado dispositivo fora vendido e utilizado, pagando às mulheres lesadas indenizações, desde que o pleitassem dentro de determinado prazo assinalado pelo mesmo Tribunal".**

E, mais adiante, prossegue o autor:

**"Quer dizer: a sentença nas ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos conterà em seu dispositivo:**

**a) a imputação da responsabilidade pelo ressarcimento dos danos causados aos**

consumidores pelo(s) réu(s) na ação. b) fixado assim o *an debeatur*, a sentença dirá que o *quantum debeatur*, no que concerne a cada consumidor lesado, será apurado em execução, através de liquidação, observados os arts.97 e s. do CDC; c) no mais, fixará os ônus da sucumbência, atentando às regras do CPC sobre a matéria.”.

E no direito comparado na reprodução pelo mesmo autor, às folhas já determinadas, ensina-se:

“É de se notar que no sistema das *class actions* a sentença tem, naturalmente, um caráter *coletivo*:

“Whether or not favorable to the class, shall include and describe those whom the court finds to be members of the class”. A solução vem aplaudida por Lorian Zanuttigh: “l’ésigenza di un’efficacia *ultra partes* del provvedimento, fondata sula opportunità di garantire il convenuto, privato o amministrazione pubblica, dal rischio di una proliferazione di liti successive, ha probabilmente costituito la ragione reale del favore dimostrato dalle corti per l’uso dello strumento delle *class actions*, anche in ipotesi ove l’applicazione dell’istituto appariva assai discutibile. In altri termini, l’ampliamento degli affetti del provvedimento a tutti i membri potenziali della class, fa delle *class actions* medesime o strumento idoneo per un’estensione *ultra partes* del giudicato”.

....

“Esse sistema de “condenação genérica”, a que se segue uma execução *coletiva* com habilitação dos consumidores enquadrados nos lindes do julgado,

inspira-se, *mutatis mutandis*, no sistema das *class actions*, com a diferença de que lá, como afirma Michele Taruffo, a questão da extensão dos efeitos da sentença é deixada "alla elaborazione giurisprudenziale, con una maggior aderenza alle esigenze di tutela del caso concreto". Mas, no limite, o regime de "condenação genérica", perfilhado pelo art.95 do CDC, não parece destoar dos quadrantes das ações coletivas, porque, como bem afirma Girolamo Monteleone, com respeito às *class actions*, a decisão nestas proferida " non è una sentenza emessa nei confronti di due soli parti, che, travalicando dai suoi confini, vada a colpire la posizione giuridica di altri soggetti assolutamente estranei al giudizio, ma viceversa è emessa nei riguardi dell'intera categoria di persone, tutte rappresentate innanzi al giudice da coloro i quali hanno assunto l'iniziativa dell'azione".

Dentro deste contexto, espera-se de V. Exa., que, através de uma sentença genérica, reconheça o dano e o Direito indenizatório dos autores representados pela ADESF, para que, posteriormente em processo de liquidação, determine-se o "quantum debeatur", fazendo-se, então, pelos fumantes consumidores a prova do dano e nexos causal, através de declarações médicas, provas testemunhais ou outras quaisquer que entenderem necessárias.

### CONCLUSÃO

27. Em face de término da prolongada exposição pela qual excusa-se a autora e seus representados, mas que imprescindível, conseguiu-se determinar a legitimidade ativa da ADESF assim como a competência territorial. Em sede de mérito provada está, parece-nos cabalmente, a publicidade enganosa e abusiva dos fabricantes de cigarro aqui nominados.

28. Cristalino se apresenta o dever de indenizar por atentarem à saúde dos consumidores de seus produtos escondendo o fator viciante que o mesmo carrega entre seus componentes químicos. Este fato está alicerçado pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor, inclusive com inversão do ônus da prova, o que pela primeira vez obrigará os requeridos a se explicarem perante um Tribunal. Pelos argumentos imbricados resta inquestionável o dolo ou, no mínimo a culpa, dos requeridos no presente feito que estão sofrendo, há já algum tempo, ataques violentos de entidades co-irmãs da requerente, sempre imputando-lhes desvios de responsabilidade acusando-os de conspurcarem a saúde de seus consumidores além de incutirem a eles um vício, evidentemente, compulsório. Se isto não fora verdade já teriam os fabricantes de cigarros remetido à apreciação judicial inúmeros feitos de caráter indenizatório e mesmo penal. Não o fizeram, quedaram-se silentes: *Qui tacet, consentire videtur*.

29. Aliás, sem nenhum pejo - e desafiando a legislação qual seja o Estatuto da Criança e do Adolescente - promovem até mesmo distribuição de maços de cigarro para menores de idade como em publicação do jornal a Folha de São Paulo 12.8.94. (doc.21) Também pode-se ler a respeito no documento 07, onde se revela que um dos "targets" das empresas aqui citadas são rapazes na faixa dos 12 aos 17 anos. Esta acusação é corroborada por uma das próprias requeridas que se comprometeu "a parar de distribuir amostras grátis de cigarros, a colocar em todos os maços advertência "Venda Proibida para Menores"; a não vender cigarros em máquinas e a punir os estabelecimentos que continuarem a vender o produto para adolescentes". (doc.22)

30. A decisão de esta Associação ser criada e propor a presente ação, foi tomada, principalmente, levando-se em conta o desamparo dos fumantes, torpedeados e discriminados em todos os lugares e que não conseguem largarem de pronto o seu vício induzido pela nicotina dos cigarros. Esta verdade, escamoteada dos consumidores, provoca não só constrangimentos e sofrimentos morais como também perda patrimonial na sustentação de seu vício. Ou seja são constrangidos em público - e particularmente - no entanto ainda se vêem compelidos a gastar para sofrerem ainda maiores constrangimentos!. É de todo incrível, uma roda sem fim, o consumidor-fumante paga para sofrer! Cansados de esperar providências do Poder Executivo (será por que recebe bilhões de dólares em impostos?) e do Poder Legislativo (será que existe algum "lobby"?)

resolveram se unir em associação para que, confiantes no Poder Judiciário - o único que lhes resta - consigam trazer, e talvez punir, as poderosas multinacionais fabricantes de cigarros.

31. Já é tão forte a pressão do público e das entidades contra os fabricantes de cigarro que até mesmo os co-patrocinadores estão retirando seu apoio como se percebe pelo doc.23, com justificável receio de desprestígio e medidas judiciais contra si por solidariedade passiva. O próprio Governo começa a tomar suas medidas preventivas, como adrede informado no item 2, e como se pode ler no doc.24, em que o Estado da Flórida, nos EUA, **COBRA INDENIZAÇÃO DAS FÁBRICAS DE CIGARRO POR DOENÇAS DE FUMANTES.**

#### **DO PEDIDO**

32. Assim, por todo o acima exposto e plenamente justificado, **REQUER** de V.Exa. o que abaixo se segue:

**a) o acolhimento, autuação e processamento da presente, dentro dos postulados processuais e do pretendido;**

**b) seja determinada por V. Exa., de imediato, a inversão do ÔNUS DA PROVA (art. 6, VIII, do CDC), muito embora a presente demanda já esteja instruída com os documentos necessários e indispensáveis ao seu reconhecimento;**

**c) a citação das demandadas SOUZA CRUZ S/A e PHILIP MORRIS MARKETING S/A, por via postal com AR, conforme arts. 221 e seguintes do CPCivil, para que, se quiserem, respondam aos termos da presente, no prazo legal, sob pena de confissão e revelia;**

**d) a publicação de edital no Diário Oficial do Estado, conforme preconiza o art. 94 do CDC;**

**e) a notificação do D. Representante do Ministério Público, nos termos do art. 92, do referido diploma legal, para que atue como fiscal da lei;**

**f) de acordo com o art. 87 do mesmo CPC, a dispensa das custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, até mesmo do ônus da sucumbência, por tratar-se da autora ser uma associação;**

**g) seja esta ação julgada procedente, por sentença de V. Exa., DEVENDO A CONDENAÇÃO SER GENÉRICA, nos limites e moldes do art. 95 do referido CDC, condenando-se as requeridas à indenização dos danos patrimoniais e morais a que deram causa, em relação aos autores, consumidores-fumantes, representados nesta ação pela ADESE, por induzimento ao consumo de seu produto - cigarro - em função de publicidade enganosa e abusiva daí resultando o vício adquirido e a compra compulsiva do produto; e**

**h) seja a liquidação feita na forma prevista pelo art. 97 do mesmo diploma legal, ocasião em que os autores farão a prova do nex causal e do "quantun debeat", levando-se em conta o tempo em que o representado-prejudicado fez e/ou faz uso dos produtos das rés;**

33. Protesta, finalmente, em provar o alegado, se não forem suficiente as provas já constituídas previamente e no corpo processual, por todos os meios de prova em direito permitidas, inclusive, se necessário, depoimentos pessoais do representante das requeridas e de testemunhas e de tudo ou mais que ser fizer necessário ao completo esclarecimento dos fatos aqui elencados; e dá-se à presente o valor de R\$ 1.000,00, somente para efeitos fiscais.

Termos em que, R., D e A. com os 24 documentos inclusos, de  
tudo

P. Deferimento.

São Paulo, 24 de Julho de 1995.

Mário Albanese  
OABSP

Luiz Carlos M. Mônaco  
OABSP

João Eduardo Vicente  
OABSP

Jerônimo Romanello Neto  
OABSP