

Os pressupostos da responsabilidade civil no CDC e as ações de indenização por danos associados ao consumo de cigarros

Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR

I - A CONSULTA

Consulta-me a companhia Souza Cruz S.A., por seus ilustres advogados Mario Oscar Oliveira e Antonio Claudio Torre, sobre a procedência dos pedidos de indenização por danos decorrentes do consumo de cigarros. Em resposta, elaborei parecer abordando as questões abaixo enumeradas.

II - A RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO NO CDC

1. O instituto da responsabilidade civil serve para transferir ao patrimônio do responsável pelo dano o prejuízo sofrido e tem como pressupostos, no direito comum: uma ação ou omissão, ordinariamente ilícita (excepcionalmente lícita), um dano injusto, a relação de causalidade entre a ação e o dano, e, como fator de atribuição, o elemento subjetivo da culpa ou o objetivo fundado no risco.

A responsabilidade civil do fabricante de cigarro, na relação que se estabelece com o fumante, porém, é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor:

“A responsabilidade por fato de produto é de natureza consumerista. Há regulação específica deste vício na relação de consumo” (REsp 304.724/RJ, acórdão da 3ª Turma do STJ, de 24 de maio de 2005, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

Por isso, é sob essa óptica que o tema deve ser aqui versado.

2. O Código de Defesa do Consumidor distingue a

(i) responsabilidade pelo fato do produto – prevista nos arts. 12 a 17, 25 e 27 – da

(ii) responsabilidade pelo vício do produto – regulada nos arts. 18 a 24, 25 e 26. Enquanto na primeira há produto com defeito ou conduta defeituosa do fornecedor, causa de um dano à segurança do consumidor, cuja pretensão prescreve em cinco anos,

na segunda há um vício de qualidade ou quantidade no produto, que o torna inadequado ou lhe diminui o valor, com extinção do direito potestativo de reclamar no prazo decadencial de 30 ou 90 dias.

A doutrina tem usado o termo 'vício' como gênero para as duas situações: vício de segurança, no art. 12, e vício de qualidade, no art. 18. Não é a nomenclatura da lei, que no art. 12 refere-se a 'defeito' como fato gerador da responsabilidade pelo dano à segurança, e a 'vício' para os casos de 'minus valia' do produto.

3. Excluo de exame a questão relacionada com o vício do produto (art. 18), a respeito do qual assim se manifestou Adroaldo Furtado Fabrício, dando ao defeito o seu antigo significado, que a lei hoje denomina de vício:

“Defeituoso é aquilo que foge ao padrão estabelecido, apresentando determinada anomalia. (...) Defeituoso seria, sim, um cigarro que não queimasse, ou que não tivesse sabor algum, ou, por ausência de qualquer dos componentes ordinariamente contidos nele, fosse incapaz de proporcionar ao fumante a sensação de prazer por ele esperada e à qual está habituado” (*Parecer*, fls.7-8).

Não é disso que se trata aqui. interessa-nos a hipótese assim regulada no art.12,do CDC:

“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.

§ 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: I - sua apresentação; II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III– a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º. O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º. 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”.

A Seção II está titulada como se fosse tratar apenas da ‘responsabilidade pelo fato do produto e do serviço’, mas o art. 12 versa, também, sobre a responsabilidade pela conduta do fornecedor que prestar informações insuficientes ou inadequadas. Por isso, ambas as situações têm sido estudadas como sendo ‘fatos do produto’.

“Fato do produto é a manifestação danosa dos defeitos juridicamente relevantes, que podem ser de criação, produção ou informação (defeito), atingindo (nexo causal) a incolumidade patrimonial, física ou psíquica do consumidor (dano), ensejando a responsabilidade delitual, extracontratual, do fornecedor, independentemente da apuração da culpa (responsabilidade objetiva)” (Arruda Alvim, *Código do Consumidor Comentado*, p.118).

4. Essa espécie de responsabilidade civil tem cinco pressupostos (ou elementos): (i) a ação do fornecedor de colocar o produto no mercado, isto é, em circulação, entendida a circulação como o ato de pôr o produto à disposição do consumidor, oferecendo, expondo, transportando ou vendendo, ainda que sem a efetiva tradição; (ii) a existência de um defeito no produto ou na comercialização, com informação insuficiente ou inadequada de produto perigoso: “No sistema do CDC, pode haver dano e nexo causal entre o dano e o produto, mas se não existir defeito, não haverá obrigação de reparar para o fornecedor” (Claudia Lima Marques, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 223). Esse defeito, uma vez provada a sua existência, é atribuído objetivamente ao fornecedor, ainda que inevitável a sua ocorrência, como acontece com produtos fabricados em série. A presença do defeito significa que a ação do fabricante é ilícita por descumprimento do dever geral de seguridade do produto; (iii) a produção de um dano injusto, que consiste na modificação do mundo externo com diminuição do patrimônio jurídico do consumidor a que este não estava obrigado a suportar; (iv) a relação de causalidade entre o defeito do produto ou da informação e o resultado danoso, aferida pela teoria da imputação objetiva; (v) o fator de atribuição fundado na teoria mitigada do risco da atividade, que permite atribuir ao fornecedor a obrigação de indenizar com base na sua responsabilidade objetiva, com os limites impostos pela exigência de defeito no produto ou na informação e com a previsão de causas excludentes.

5. A obrigação do fornecedor não é uma obrigação de resultado.

Do fato da circulação do produto não surge para o fornecedor a responsabilidade pelo dano que daí decorre, como se ele estivesse na posição de garantidor da integridade do patrimônio do consumidor. Ele não está obrigado a indenizar sempre que do produto resultar dano, como quem assume a responsabilidade pela ocorrência de certo resultado. A sua obrigação de indenizar apenas surge se o dano for causado por um defeito no produto ou falha na informação. É que a sua obrigação é de meios, a qual consiste no dever de colocar no mercado um produto sem defeito e com adequada informação. Se descumprir esse dever – e só então surge o ilícito – é que deverá indenizar o dano resultante dessa violação, porquanto deixou de atender a sua obrigação de zelar pela segurança do consumidor em virtude do modo pelo qual atuou no mercado. É a lição de Henri Mazeaud: a obrigação de segurança do fornecedor não é uma obrigação de resultado, mas de meios (*La responsabilité civile du vendeur-fabricant*, RTDC, 1955, p. 621).

6. A responsabilidade prevista no art. 12 do CDC é de natureza extracontratual, pois não corresponde à violação de cláusula de contrato de fornecimento, mas do simples fato de ter sido o produto colocado em circulação e causado dano, por defeito ou por falta de informação. Nesse caso, a contrariedade é a regra do dever geral de cuidado e de informação, independentemente do contrato. Clovis Veríssimo do Couto e Silva fazia retroceder à noção mais simples de contato social o fundamento da responsabilidade civil, com isso superando a dicotomia responsabilidade contratual/responsabilidade extracontratual. A ideia pode ser acolhida aqui, com a constatação de que o fato social da circulação do produto é o elemento que suporta o juízo a respeito da responsabilização pelo dano. Escreveu Zelmo Denari: a colocação de produtos no mercado pelo fornecedor é o fundamento da responsabilidade civil (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 155). Diferentemente, os vícios por inadequação, que correspondem aos antigos vícios redibitórios, com nova roupagem e tratamento, exigem a existência de um vínculo contratual original entre o consumidor e o seu fornecedor (Claudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p.660).

7. É de se perguntar se o CDC enunciou um novo sistema de responsabilidade civil, ou se – mais modesta e objetivamente – limitou-se a reconhecer o direito do consumidor a uma indenização pelos danos, sem se preocupar em criar um regime especial para

reger a situação. A mesma questão foi posta perante a lei espanhola comentada por Luis Díez-Picazo, que assim a respondeu: “A solução mais provável parece esta última... (a lei) estabelece o direito à indenização, sem concretar o regime jurídico pelo qual esta se rege” (*Derecho de daños*, p. 140).

No caso brasileiro, penso que a solução legislativa foi dada com a mesma simplicidade: por força de disposição expressa da lei, não se cogita do elemento culpa, e com isso fica afastada a responsabilidade subjetiva. Aceitou-se a teoria da responsabilidade objetiva, seguindo, aliás, tendência universal registrada por Guido Alpa:

“Qualquer que seja o fundamento normativo atribuído à solução em matéria de circulação de produtos defeituosos, é claro que a orientação hoje prevalente identifica na responsabilidade objetiva da empresa o instrumento mais útil para assegurar ao consumidor o ressarcimento do dano sofrido” (*La responsabilità del produttore*, p. 159).

Porém, não se acolheu no Brasil, sem mais, a teoria da responsabilidade objetiva, fundada no risco integral, porque a lei inseriu entre os elementos da responsabilidade, o elemento ‘defeito’ no produto ou na conduta do fornecedor, além de admitir casos de exclusão.

O fundamento da responsabilidade objetiva é posto ordinariamente no risco: ou no risco da atividade (o dano causado no exercício da atividade e de responsabilidade do agente, ‘tout court’), ou no risco proveito (quem se beneficia com a prática da ação deve responder pelo dano). No sistema do CDC, a eliminação do elemento subjetivo ‘culpa’ implicou a aceitação da teoria do risco da atividade, uma vez que a responsabilidade é atribuída ao produtor, isto é, a quem exerce a atividade econômica de projetar, fabricar, construir, montar e apresentar o produto. Sérgio Cavalieri distingue entre a teoria do risco do empreendimento e a teoria do risco do consumo, e explica:

“Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas” (*Programa de Responsabilidade Civil*, p. 422).

Não se cogita de resultado proveitoso, fator que pode inexistir, embora a produção tenha comumente esse propósito.

8. Mas não basta a atividade, com ou sem proveito para o fornecedor, é ainda indispensável a presença de um *defeito*, e que desse defeito resulte o dano.

Essa circunstância levou Adalberto Pasqualotto a afirmar que “não se trata de responsabilidade objetiva pura, porque o seu fundamento não é o risco. Se fosse, bastaria a colocação do produto em circulação para que se ensejasse a responsabilidade do fabricante. Mas não é assim... o fundamento da responsabilidade do fabricante é o defeito do produto” (A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento, *Ajuris*, n. 59, p. 154-155). Na verdade, continua no risco da atividade (ou empresarial) o fundamento da responsabilização, com a restrição de que não se trata de risco integral ou absoluto, mas da teoria mitigada do risco, ou da teoria do risco da atividade defeituosa. Isto é, quem corre o risco de exercer uma atividade em que o produto pode ser defeituoso (e às vezes esse defeito é inevitável, como acontece com a fabricação em massa), havendo o defeito, responde independentemente de culpa. O defeito serve não para afastar a teoria do risco, mas para caracterizar a ilicitude da conduta como um elemento da responsabilidade do fornecedor. A particularidade foi bem apanhada por Paulo de Tarso Sanseverino: “A exigência de um defeito do produto ou do serviço, como pressuposto da obrigação de indenizar do fornecedor, relativiza a sua responsabilidade com um fato antijurídico (colocação no mercado de um produto inseguro)” (*Responsabilidade civil no Código do Consumidor e defesa do fornecedor*, p. 179)

9. O defeito pode estar (i) no produto: é defeituoso o produto que não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes (art. 12, § 1º); ou residir (ii) na conduta do fornecedor, por prestar informações insuficientes ou inadequadas, o que se apura na fase da comercialização do produto.

Produto defeituoso, capaz de ofender o patrimônio jurídico do consumidor, é aquele que não é seguro, ou dito afirmativamente, que é perigoso, segundo a definição de João Calvão da Silva: “O produto defeituoso é aquele que não presta a segurança legitimamente esperada, ou com a qual se poderia contar” (Vícios e defeitos dos produtos, *Responsabilidade Civil*, OAB/RJ, p.570).

“A noção de caráter defeituoso se compõe por dois elementos intimamente relacionados entre si: que o produto resulte mais perigoso para o adquirente do que um homem razoável pudesse esperar; e que o dano fique fora do razoável. Desse modo, como assinalou Rojo, a defeituosidade é um conceito de marcado caráter subjetivo que depende da valoração ordinária da coisa por parte do adquirente e que exclui notoriamente aqueles casos em que o perigo é manifesto, conhecidos na jurisprudência norte-americana como *clear danger*” (Díez-Picazo, Op.cit., p. 149-150).

Por isso, “deve o juiz, na determinação do caráter defeituoso, ser intérprete do sentimento geral de legítima segurança esperada do produto, atendendo não só ao uso ou consumo pretendido, mas à utilização que dele razoavelmente possa ser feita, à luz do conhecimento ordinário ou da opinião comum do grande público a que o mesmo se destina” (João Calvão da Silva, *Responsabilidade Civil do Produtor*, p. 641).

Defeito é, portanto, conceito cultural de conteúdo indeterminado, cujo conteúdo deve ser dado pelo juiz nas circunstâncias do caso concreto.

Embora a perigosidade seja um elemento ligado a 'defeito', o CDC não proibiu nem sancionou a circulação de produto perigoso, ao contrário, admitiu a existência e a sua normal fabricação, pela singela razão de que muitos dos bens colocados no mercado para satisfazer necessidades sociais oferecem, em maior ou menor grau, um certo índice de perigosidade. Daí a distinção entre produtos com periculosidade inerente (aqueles que, para atingirem o fim ao qual estão apostos, devem necessariamente oferecer um certo risco, como a faca de cozinha, o revólver, o remédio, etc.), e os com periculosidade adquirida, que se tornam perigosos em razão de algum defeito que não é da sua própria natureza.

Os produtos de periculosidade inerente ou necessária somente são considerados defeituosos quando criadores de um risco que vai além daquele ordinariamente dele esperado (art. 12, § 1º, II, do CDC). Esse risco, sendo normal e previsível, não origina só por si a responsabilidade do fornecedor. Normal, quando decorrente da natureza do produto; previsível, quando a consequência é do conhecimento geral.

No caso do cigarro, o risco de o produto causar dano à saúde seria normal – uma vez que implica a inalação de substâncias tóxicas – e previsível, tanto que há expressa e pública advertência a respeito disso.

“O CDC não exige que o produto ofereça uma segurança absoluta, mas apenas a segurança que se possa legitimamente esperar” (Silvio Luiz Ferreira do Rocha, *Responsabilidade Civil do Fornecedor*, p. 93).

O próprio conceito de segurança é vago e flexível:

“A noção de segurança depende do casamento de dois elementos: a desconformidade com uma expectativa legítima do consumidor e a capacidade de causar acidente de consumo. Resulta daí que a noção de segurança tem uma certa relatividade, pois não há produto ou serviço totalmente seguro. As regras da experiência comum evidenciam que os bens de consumo sempre têm um resíduo de insegurança, que pode não merecer a atenção do legislador. O Direito só atua quando a insegurança ultrapassar o patamar da normalidade e da previsibilidade, como vimos quando falamos do risco inerente. Pondera o insigne Herman Benjamin que ‘o Código não se estabelece um sistema de segurança absoluta para os produtos e serviços. O que se quer é uma segurança dentro dos padrões da expectativa legítima dos consumidores. E esta não é aquela do consumidor-vítima. O padrão não é estabelecido tendo por base a concepção individual do consumidor, mas, muito ao contrário, a concepção coletiva da sociedade de consumo (Comentários..., p. 60)’” (Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*, p. 424).

Para a definição desse parâmetro de expectativa, levam-se em conta as circunstâncias de produção e comercialização do bem, o seu uso adequado e a época de sua colocação no mercado. Para concretizar o grau de segurança, serão ponderados três fatores: (i) a apresentação (a publicidade, o invólucro e o modo como se apresenta); (ii) o uso (a utilização que razoavelmente pode ser feita); e (iii) o momento de entrada do produto no mercado (opinião pública, o estado da ciência, a segurança então existente e esperada, etc.). O juiz deve “imaginar-se no tempo em que o produto foi posto em circulação no mercado” (João Calvão da Silva, *Vício e defeitos dos produtos, Responsabilidade Civil*, Seminário Internacional, OAB/RJ, p. 58).

A segurança legitimamente esperada remete para o exame da expectativa não do consumidor individualizado, mas do grande grupo, considerada a época em que foi colocado o produto em circulação, com base na normalidade do seu uso e a previsibilidade do resultado:

“Os danos causados por produtos e serviços intrinsecamente perigosos estão excluídos, em princípio, do regime jurídico da responsabilidade por acidente de consumo do CDC. Contudo, o afastamento da responsabilidade do fornecedor exige que essa periculosidade intrínseca do produto e do serviço tenha duas características: normalidade ou previsibilidade (...). A normalidade significa que os produtos ou os serviços devem ser naturalmente perigosos (isto é, a formal normal de fruição implica riscos) (...). A previsibilidade significa que o consumidor deve estar ciente da periculosidade do produto ou do serviço, tendo sido adequadamente informado acerca da forma correta de utilização e advertido dos riscos a serem suportados” (Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e defesa do fornecedor*, p.119).

10. O cigarro é um produto de perigosidade inerente, cujo risco é de todos sabido. Esse é o ‘risco que razoavelmente dele se espera’. “O cigarro é um produto bom, que as pessoas utilizam por prazer” (João Calvão da Silva, *Vícios e defeitos...*, p. 62).

A regra que fundamenta na existência do defeito (insegurança) a responsabilidade do fornecedor cria, *ipso facto*, o dever de produzir sem defeito. A produção de produto defeituoso é, portanto, a violação do dever jurídico de zelar pela segurança dos consumidores. Aí reside a contrariedade da sua conduta ao direito, e com isso fica caracterizada a ilicitude como elemento da responsabilidade civil. Para a definição desse elemento não se cogita de nenhum dado subjetivo, culpa por negligência ou imprudência, embora haja aí uma violação ao dever de diligência. O princípio da responsabilidade objetiva dispensa o exame do elemento culpa do agente, mas não elimina a condição de ser a ação causadora do dano uma conduta contrária ao direito.

A perigosidade intrínseca do produto, como já se viu, não é determinante da proibição de sua circulação, nem razão para a responsabilização do fabricante. “A periculosidade inerente raramente dá causa à responsabilização do fornecedor. Esta é a consequência natural da periculosidade adquirida (e também da exagerada), isto é, a insegurança que supera as fronteiras da expectativa legítima dos consumidores” (Antonio Herman Benjamin, *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, Saraiva, p. 48). Ao produto naturalmente perigoso é necessário que sejam acrescentados alguns elementos, assim como mencionado por Gustavo Tepedino:

“O defeito que gera o acidente, comumente chamado de vício de insegurança, relaciona-se não à capacidade – intrínseca ao produto – de provocá-lo, senão à sua

desconformidade com uma razoável expectativa do consumidor, baseada na natureza do bem ou do serviço e, sobretudo, nas informações veiculadas, particularmente exigidas quando os possíveis efeitos danosos não são naturalmente percebidos” (A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional, *Ensaio Jurídico*, IBAJ, 1996, n. 1, p. 244).

11. A ocorrência de um dano, isto é, a diminuição do patrimônio jurídico (material ou imaterial) pela ação de outrem, não é motivo de responsabilização do seu autor (ou de terceiro que por ele responda). A responsabilidade surge quando o dano for injusto. Ou seja, se o autor descumpriu algum dever jurídico imposto pela lei ou pelo contrato e produziu um dano a que o ofendido não deu causa nem estava obrigado a sofrer.

Se a ação do agente é lícita (a que a lei não imponha excepcionalmente o dever de indenizar, como ocorre na desapropriação), e se a consequência decorre da livre aceitação por parte do lesado, não se pode reconhecer aí a presença de dano injusto. É o caso da compra e venda de um imóvel localizado em zona alagadiça: o proprietário poderia licitamente vendê-lo; se o adquirente nele constrói uma casa que vem a ser invadida pelas águas, o dano existe, mas não é injusto, pelo menos não em relação ao vendedor.

12. Um dos riscos da utilização do cigarro está no surgimento de dependência (vício). Ocorre que o hábito de fumar não cria necessariamente dependência, pois muitos deixam de fumar por decisão pessoal, independentemente de qualquer auxílio externo.

É certo que em aviso do Ministério da Saúde está dito que “a nicotina é droga e causa dependência”. Mas o conceito de vício que assim permite nele incluir o que decorre do consumo do cigarro é adotado em sentido amplo. É o mesmo que permite sua extensão ao consumo de café e de chocolate.

Isso porque, conforme ficou bem registrado em peça de defesa apresentada pela companhia, “o conceito de vício atualmente mais difundido difere radicalmente da sua definição clássica, que envolve (i) intoxicação, entendida como capacidade de julgamento afetada; (ii) tolerância, entendida como a necessidade de se aumentar a dose para se obter sensação; e (iii) síndrome de abstinência, entendida como impossibilidade de supressão da substância sem que ocorram fortes sintomas resultantes de sua privação”.

Ora, para o fumante não se ajustam essas características, uma vez que ele não perde o pleno domínio de sua capacidade de conhecimento, avaliação e decisão; não sente ele a necessidade de aumento constante de dosagem; a síndrome de abstinência, que existe, não impede de ordinário que, voluntariamente e sem qualquer auxílio externo, possa deixar de fumar.

13. O dano ao patrimônio jurídico do consumidor, que pode ser de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, deve resultar ou do defeito do produto ou da falta de informação, o que significa incluir como pressuposto da responsabilidade o nexo de causalidade. Este é, no dizer de Caio Mário da Silva Pereira, o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil (*Responsabilidade Civil*, p. 76), e o problema surge, porque todos os eventos estão ligados a diversas circunstâncias, sendo difícil destringir, dentre uma multiplicidade de condições, qual delas deve ser considerada causa do resultado, e atribuir a responsabilidade a quem a colocou.

A lei nada dispõe sobre a relação causal, que assim deve ser aferida de acordo com os princípios do direito comum e, para o caso que nos interessa, deve ficar demonstrada nos autos a relação de causalidade entre o uso do cigarro e a doença sofrida pelo paciente.

Isso porque o simples hábito de fumar não é condição necessária para o surgimento de doenças e também não é uma condição suficiente.

A epidemiologia não basta para a prova do nexo causal. Os dados estatísticos auxiliam na compreensão do problema social e permitem a observação de um certo fator de risco, mas não servem para fazer a prova judicial relativamente a um caso concreto, sempre sujeito a particularidades e circunstâncias que o distinguem dos demais. A não ser que a doença somente tivesse sua origem no fumo ou que o fumo sempre causasse certas doenças. Mas não é assim, pois nem todos os fumantes adoecem, e os fumantes que adoecem nem sempre sofrem por causa do fumo. Logo, os dados epidemiológicos são insuficientes para esse fim.

Leonardo Greco, autor de conceituado trabalho sobre a prova, observou em parecer que:

“(...) a maioria dos epidemiólogos, assim como autores de filosofia das ciências e juristas, se recusam a extrair dos estudos epidemiológicos conclusões científicas sobre

casos concretos, embora muitas vezes esses estudos sejam utilizados no diagnóstico clínico para atacar oportuna e eficazmente sintomas de doenças que apresentam graves riscos à vida e à saúde humanas (...) aplicar os resultados baseados sobre a população a um determinado autor vai geralmente além dos limites da epidemiologia. (...) Os estudos epidemiológicos e as máximas da experiência comum nada provam a respeito do caso concreto” (*Parecer*, fls. 6-7; fl. 11; fl. 19).

14. Além da responsabilidade pelos produtos defeituosos (insegurança), em que a *minus valia* está na própria coisa, o CDC atribui ao fornecedor a responsabilidade pelos danos causados por *informações insuficientes ou inadequadas* sobre a utilização ou os riscos do produto. Nesse caso, a responsabilidade não decorre de defeito da coisa, mas da ilicitude da conduta do fornecedor, que descumpra com o dever de informar. Isso é, assim como a regra sobre a responsabilidade fundada no defeito da coisa cria o dever de produzir sem defeito, também a norma do CDC que dispõe sobre a responsabilidade baseada na má informação (art. 12, *caput*, parte final) cria o dever de prestar informação suficiente e adequada, que ainda está explicitado no art. 6º, III. Excepcionalmente, a falha de informação é, ao mesmo tempo, defeito do produto, quando o produto é um informativo – como no caso referido por Guido Alpa a respeito da editora que inseriu dado falso no material impresso para consulta médica, consignando a dosagem de 25 para um certo remédio, quando deveria ser 2,5 (Op. cit., p. 169).

O defeito na informação ordinariamente se dá em relação aos produtos com periculosidade inerente, cujo uso propicia situação de risco. As informações devem versar sobre o modo pelo qual o produto pode ser utilizado e sobre os riscos decorrentes dessa utilização. Tais informações devem ser suficientes (esclarecer o consumidor sobre os pontos relevantes) e adequadas (o conteúdo deve ser compreensível pelo consumidor, no que interessa ao uso e aos riscos).

15. As disposições dos §§ 1º e 2º do art. 12 do CDC regulam a situação do produto defeituoso, mas as circunstâncias relevantes enumeradas nos incisos do § 1º servem para definir também a falta de informação. Assim, o dever de informar do fabricante deve ser considerado a partir da forma pela qual o produto é apresentado, o uso e os riscos que dele razoavelmente se esperam e a época em que foi colocado em circulação.

Esse dever é de duas ordens: (a) dever de, nas tratativas, na oferta e no contrato de compra e venda da mercadoria, fornecer todas as informações relacionadas com o

preço, objeto do contrato, uso e perigosidade (princípio da transparência); (b) dever de, na publicidade, não incluir dado falso capaz de induzir em erro o consumidor, nem omitir dado essencial, que, se conhecido, afastaria o consumidor do produto (princípio da veracidade).

Tanto nas relações individualizadas, como na publicidade que atinge a massa dos consumidores em número indeterminado, o fornecedor não pode incluir dado falso capaz de induzir em erro o consumidor (enganosidade por comissão), nem omitir elemento essencial que, se conhecido, alteraria a sua decisão (enganosidade por omissão).

Quando se trata de produto que apresenta algum risco, é preciso que o consumidor seja alertado do perigo. Para certos produtos, sendo notória a sua periculosidade, o conhecimento comum dispensaria informação específica, como no caso da arma, ou da bebida, ou do cigarro. Mas, para o cigarro, a cujo respeito desde sempre se conheceu do perigo que pode acarretar à saúde, há hoje uma regulamentação específica sobre a advertência que deve ser apresentada ao eventual consumidor.

Na medida em que é cumprida a regulamentação, descabe imputar ao fornecedor defeito na informação.

16. A publicidade ocupa um lugar especial na relação de consumo, em razão dos efeitos que pode produzir a um número infindo de pessoas e porque pode conter uma oferta, a integrar uma das fases do contrato.

A publicidade é um elemento de execução do *marketing*, participa da comercialização e integra o item ‘apresentação’, mencionado no art. 12, § 1º, I: “A publicidade não é produção primária, mas instrumento de apresentação ou venda dessa produção” (Luiz Antonio Rizzatto Nunes, *Comentários ao CDC*, p. 114). Como tal, é um fator a considerar para a avaliação da deficiência de segurança de um produto. Assim, o anúncio de produto, que seria inofensivo se utilizado por adulto, pode levar a que seja considerado defeituoso se a publicidade incentivar o seu uso por crianças inexperientes.

Adalberto Pasqualotto definiu a publicidade como “toda a comunicação de entidades públicas ou privadas, inclusive as não personalizadas, feita através de qualquer meio, destinada a influenciar o público em favor, direta ou indiretamente, de produtos ou

serviços, com ou sem finalidade lucrativa” (*Os efeitos obrigacionais da publicidade no CDC*, p. 25).

A publicidade deve atender a certos princípios. Nos termos do art. 37, é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. Assim, de nenhum modo se admite a publicidade abusiva, aquela exemplificativamente enumerada no art. 37, § 2º: a que é discriminatória, incita à violência, explora o medo e a superstição, aproveita-se da deficiência e da inexperiência, despreza o meio ambiente e induz a pessoa a se comportar contra a sua saúde ou segurança. Também está proibida a publicidade enganosa, capaz de induzir em erro o consumidor sobre dados do produto, por comissão (a informação consta da publicidade) ou por omissão de dado essencial.

A publicidade (propaganda) pode ser enganosa: (i) por comissão, quando há inserção de dado falso veiculado como verdadeiro, capaz de induzir em erro o consumidor; (ii) por omissão, pela falta de dado essencial, capaz de determinar a escolha do consumidor.

Seria enganosa por comissão, isto é, por ação, a informação sobre cigarro que comunicasse ao consumidor dado falso a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem ou preço. Assim, seria enganosa a publicidade que promettesse ao fumante cura ou efeitos benéficos à saúde, negasse a nocividade do produto ou indicasse menor quantidade de elementos tóxicos realmente existentes.

Já não é assim para a definição da propaganda enganosa por omissão. Na publicidade feita massivamente, o fabricante pode deixar de informar dados relacionados com o produto. Não se exige do fabricante que inclua no seu reclame informação sobre todos os elementos relacionados com a natureza, qualidade, quantidade, origem, etc. A omissão somente tem relevância quando deixa de informar dado essencial, isto é, que esconda a existência de um dado que por si seria suficiente para determinar a vontade do consumidor: se informado desse dado, o consumidor não teria adquirido o produto.

A publicidade enganosa é apreciada com rigor quando contém oferta do produto, nos termos do art. 30 do CDC, situação em que deve ser suficientemente precisa, veraz (não pode ser inteira ou parcialmente falsa - art. 37, § 1º, do CDC), sem omitir dado essencial cuja falta possa induzir em erro o consumidor e ser o fator determinante de sua decisão (art. 37, § 3º, do CDC). Quando a publicidade é feita como mero reclame

para atrair a atenção do consumidor, dela se exige que possa ser facilmente identificada como tal (princípio da identificação), mas não necessita conter informação detalhada sobre o produto. “A publicidade nesses termos se situaria naquela fase anterior à própria proposta que a doutrina chama de negociação preliminar” (Paulo Roberto Roque Antonio Khouri, p. 82). Também, adverte Pasqualotto, “não se subordinam à exigência de veracidade manifestos exageros empregados na publicidade”. É o que acontece com o anúncio do tapete persa que teria a propriedade de voar, ou com os 'slogans rodopiantes', que não são verdadeiros nem falsos ('o cigarro para quem sabe o que quer'), etc. Nestes últimos casos, a publicidade tem apenas a finalidade de atrair consumidores, não o de prestar informações, e essa prática tem sido aceita, quando é evidente a fantasia ou constituir simples discurso vazio de conteúdo, respeitados os limites do interesse público. A publicidade pode ser mera ilusão publicitária, sem trazer informação (Claudia Lima Marques, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 472).

Fabio Ulhoa Coelho assim esclarece a respeito dos princípios da transparência e da veracidade: na relação individualizada e contratualmente estabelecida entre o fornecedor e o consumidor, aquele deve transmitir ao adquirente as informações referentes ao preço, quantidade, qualidade, origem, riscos, condições de pagamento e manutenção ou conservação em obediência ao princípio da transparência; já na relação entre o fabricante e pessoas indeterminadas, atingidas pela publicidade do seu produto, incide o princípio da veracidade, que proíbe ao fornecedor prestar informações falsas que possam enganar o consumidor (*Parecer*, fl. 15).

Tocante ao cigarro, a publicidade de ordinário não contém oferta, pelo que não se inclui na fase de contratação, mas constitui simples estímulo ao consumo. Nessa função, é comum apresentar a marca com frases convincentes sobre sua qualidade e imagens sedutoras. Não há irregularidade nisso, porque pacificamente se admite que o incentivo ao consumo de determinado produto ou marca seja associado a situações favoráveis. Como o cigarro tem perigosidade inerente, a lei determina que a sua publicidade contenha advertência sobre os riscos à saúde do consumidor, mas não se lhe impõe outras indicações que seriam apropriadas para a publicidade/oferta. A publicidade assim feita para atrair o consumidor, não sendo enganosa, pode ser tendenciosa ('o seu produto é o melhor'), mas não é o caso de proibi-la, desde que respeitada a regra da objetividade (Pasqualotto, p. 94).

Na publicidade do cigarro, o que desde 1988 não pode ser omitido, sob pena de ilicitude, são os dizeres de advertência indicados na lei, sobre os males do fumo e os teores de nicotina e de alcatrão. A companhia fumageira que atende a essa exigência, embora deixando de divulgar outros dados não essenciais, não faz publicidade enganosa por omissão.

A fantasia que se faz presente na publicidade de muitos produtos não a caracteriza como enganosa se a todos for perceptível que não passa disso, de uma fantasia. “Para que se caracterize o ilícito da enganabilidade, é necessário que a informação falsa seja transmitida como se fosse verdadeira” (Fabio Ulhoa Coelho, *Parecer*, fl. 9). Assim, todos sabem que um tapete não voa, uma mulher não adquire a beleza da top-model por comprar o vestido que ela veste, nem o jovem se ilude que terá uma vida plena de aventuras e de sucessos apenas por adquirir uma certa marca de bebida ou de cigarros. Nesses casos, não há possibilidade de enganos, nem a informação é divulgada como se fosse um fato real. Nos termos do art. 37, § 1º, do CDC, somente é enganosa a publicidade capaz de induzir em erro o consumidor; a desprovida dessa força determinante do ato de adquirir o cigarro não é enganosa.

Por fim, não é abusiva (art. 37, § 2º, do CDC) a publicidade que contém expressa referência ao prejuízo que decorre do ato de fumar. É que a abusividade, para os casos em estudo, implica induzir o consumidor em se comportar de maneira prejudicial à sua saúde: o anúncio que já contém a advertência do perigo não pode ser de modo algum indutor da conduta perniciosa.

17. Atualmente, há regramento específico relacionado com a publicidade do cigarro. A começar pela Portaria 490, de 25 de agosto de 1988, do Ministério do Saúde, que impôs a obrigação de fazer constar da embalagem e de anúncios a advertência sobre os riscos do uso do cigarro: “O Ministério da Saúde adverte: fumar é prejudicial à saúde”.

Antes disso, não havia a exigência, e a falta do advertência não pode ser tida como desconsideração a disposição de lei ou a regulamento. Também, não há insuficiência no informação, porque, já naquele tempo, era notório o conhecimento sobre os riscos do uso do cigarro.

O art. 220, § 3º, da Constituição da República dispõe:

“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

(...)

§ 3º. Compete a lei federal:

(...)

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como de propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º. A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessária, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

(...)”.

Com isso, a Carta autorizou a publicidade do cigarro, com as restrições previstas em lei. O art. 65 do ADCT deu prazo para a regulamentação: “O Poder Legislativo regulamentará, no prazo de 12 meses, o art. 220, § 4º”.

Em função dessa ordem do constituinte e que veio a ser editada a Lei Federal 9.294/96, com a redação da Medida Provisória 2.190/34, de agosto de 2001:

“Art. 3º. (...)

§ 2º. A propaganda conterá, nos meios de comunicação e em função de suas características, advertência, sempre que possível falada e escrita, sobre os malefícios do fumo, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, segundo frases estabelecidas pelo Ministério da Saúde, usadas sequencialmente, de forma simultânea ou rotativa. (...)” .

Mais recentemente, a Lei 10.167, de 27 de dezembro de 2000, dispôs sobre a publicidade do tabaco.

No plano administrativo, a Portaria 695, de 1º de junho de 1999, trouxe a exigência de a indústria veicular cláusula informando: “A nicotina é droga e causa dependência!” .

Uma vez satisfeita, a partir de 1988, exigência do dever de informar com a advertência sobre os riscos, é de se concluir que inexistente defeito na conduta do fabricante, pois prestadas as informações suficientes e adequadas sobre sua utilização e riscos. Isso porque, como acima ficou dito, a avaliação da suficiência e da adequação da informação deve ser feita considerando o disposto no §1º do art. 12, do CDC: o risco que deve ser objeto da advertência “é o que do cigarro razoavelmente se espera” (art. 12, § 1º, II, do CDC); a apresentação do produto é feita com a devida advertência do perigo inerente (art. 12, § 1º, I, do CDC).

18. É comum afirmar-se a ineficiência relativa da publicidade e inocuidade de sua restrição e das advertências sobre o mal.

De acordo com levantamentos relacionados pela companhia, a experiência em diversos países vem demonstrando que a existência de restrição à propaganda ou a advertência ao consumidor sobre a nocividade do ato de fumar não têm produzido efeitos significativos. De um modo geral, “a restrição à publicidade do cigarro não reduz o consumo, tendo em vista que em alguns países onde houve essa restrição, o consumo aumentou”, conforme declaração do Presidente da Comissão Federal do Comércio dos Estados Unidos da América.

Em pesquisa realizada pelo IBOPE, mais de 70% de fumantes informaram que foram levados a fumar porque amigos ou parentes fumavam, e apenas 11% por considerar bonito/charmoso.

A eficácia da publicidade para o início do hábito de fumar é apenas relativa. Trata-se de decisão pessoal assumida espontaneamente pelo usuário em razão de diversos fatores, muito mais produto da convivência, da influência dos pais e dos amigos, na idade em que o mimetismo é determinante do comportamento das pessoas, do que propriamente da propaganda. Tanto e assim que a ANVISA, pela RDC 104, de 31.05.2001, publicada no DOU de 08.08.2001, em seu art. 2º, determinou a inclusão da seguinte advertência na publicidade do cigarro: “Crianças começam a fumar ao verem os adultos fumando”. É o reconhecimento oficial de que é a força do exemplo, o mimetismo social que levam ao hábito de fumar.

De outra parte, é notório o fato e antigo o conhecimento de que o uso do cigarro oferece riscos à saúde, não sendo a publicidade capaz de eliminar esses dados do conhecimento da pessoa o que decide fumar. Com isso, fica excluída a alegação de vício oculto.

19. Diante do estatuído na Lei 10.167, de 27 de dezembro de 2000, que permitiu a propaganda de cigarros somente através de certos veículos de comunicação, assim se manifestou Luís Roberto Barroso:

“A Constituição assegura expressamente o direito subjetivo à publicidade, inclusive e, sobretudo, à propaganda comercial do tabaco (art. 220, §4º), permitindo, todavia, restrições legais. A proibição absoluta viola, naturalmente, o sentido e o alcance da exceção constitucional à liberdade de expressão. O tratamento da matéria no capítulo dedicado à comunicação social (arts. 220 a 224) evidencia que o direito é assegurado nos meios de comunicação ali previstos: rádio, televisão e imprensa. Frustra ostensivamente a disciplina constitucional instituída confinar a publicidade do produto a meios rudimentares como pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda” (Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro, *Revista de Direito Administrativo*, n. 224, p. 50).

A mesma questão está posta hoje na Europa, conforme nos informa Jens Karsten, onde a tendência é a de ampliar as restrições à propaganda do tabaco (a eliminação total diminuiria, segundo ele, em 7% o consumo do produto), mas encontra óbice de natureza constitucional:

“Os direitos fundamentais que possivelmente poderiam ser atingidos são a liberdade de expressão, os direitos de propriedade e o direito de desenvolver uma atividade econômica, respectivamente” (Controle do tabaco na União Europeia, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 40, p.18-19).

20. A falha na informação pode determinar a responsabilidade do fornecedor quando dela decorre o dano. Cumpre, então, definir em que situação existe o dever de informar e qual o conteúdo dessa informação, para que se a tenha como suficiente e adequada.

O dever de informar, para a responsabilização regulada no art. 12 do CDC, somente existe quando do seu descumprimento resultar dano à segurança. A falha de informação sobre qualidade e quantidade pode gerar a responsabilização fundada no art. 18, mas nada tem a ver com a ofensa à segurança do consumidor, que é o objeto que aqui nos interessa.

O produto sem risco ao consumidor não impõe ao fornecedor a obrigação de informar sobre riscos (que inexistem) e sobre sua utilização, uma vez que esta pode ser feita, de modo aceito socialmente, independentemente de qualquer instrução fornecida pelo fabricante.

Tratando-se de produto de periculosidade inerente, cumpre ao fornecedor tomar as precauções materiais recomendadas para evitar o dano (Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*, p. 193) e informar de modo suficiente e adequado o consumidor sobre os riscos de sua utilização, assim como está no art. 9º, do CDC: “O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito de sua nocividade ou periculosidade”. Não de todos os riscos, porque isso seria impossível de atender, mas dos “riscos que razoavelmente se esperam do produto” (art. 12, § 1º, II, do CDC). A falta de informação, ou omissão do fornecedor, apenas se caracteriza se recair sobre ‘dado essencial’. E “se o consumidor conhece o componente essencial do produto ou dos serviços, o fornecedor não precisa necessariamente informá-lo ao mercado” (Luiz Antonio Rizzatto Nunes, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 453). No direito norte-americano, “estão excluídos do campo de aplicação da Secção 402-a (do *Restatement 2nd of Torts*) os produtos cuja natureza perigosa seja conhecida e sobre a qual o público seja adequadamente informado” (Mario Raposo, *Sobre a responsabilidade civil do produto e a garantia do seguro*, *Boletim do Ministério da Justiça* (Portugal), n. 413, p. 11).

Para alguns produtos, a legislação dispõe expressamente sobre o conteúdo dessa informação, como acontece com o cigarro. Nesse ponto, “os fabricantes de cigarros vêm cumprindo, de forma satisfatória, a exigência legal de informar a respeito da nocividade do produto e dos riscos inerentes ao respectivo consumo” (Zelmo Denari, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 149)

Esse dever de informar pode consistir em advertências registradas no próprio produto, no seu invólucro ou em bulas que o acompanham, e também na publicidade feita para incentivar o seu consumo.

Não há confundir publicidade com informação: nem toda a informação é publicidade (a cláusula do contrato que descreve o produto, a bula, a instrução de uso são informação, mas não caracterizam publicidade), nem toda a publicidade é informação (a que e feita

apenas com a utilização de imagens, a frase de efeito, o slogan, etc.). Mas na publicidade inclui-se o *merchandising*.

21. Resta para exame a relação de consumo que se iniciou antes do CDC, e a consulente está interessada em saber se o princípio da boa-fé vigorava no Brasil antes da edição do Código de Defesa do Consumidor (1990) e do Código Civil de 2002.

A resposta é afirmativa. Como norma legislada, a boa-fé objetiva constava do Código Comercial de 1850 (art. 131) e, como princípio, estava presente no sistema jurídico nacional, conforme a lição do mestre Clovis Veríssimo do Couto e Silva (*Obrigações como processo*, p. 30), com reflexo em diversos julgados.

Mas, conforme observa Judith Martins Costa, o conceito de “boa-fé muda de feição e de significado consoante as concretas possibilidades de compreensão prevalecentes em cada momento” (Parecer, fls. 9-10).

Como, antes da década de 1980 – quando surgiram as primeiras decisões aplicando o princípio da boa-fé – não havia disposição legal ou regulamentar impondo à companhia de cigarros o dever de informar, nem tanto integrava a consciência coletiva da época, conclui-se que inexistia dever legal ou derivado da boa-fé que atribuisse ao fabricante, àquele tempo, o dever de informar o adquirente do cigarro sobre os possíveis males do seu uso. Embora hoje isso se apresente como algo normal e indispensável, assim não acontecia há 20 anos atrás, tanto no Brasil, como nos outros países ocidentais.

“Relativamente ao período em que o autor adquiriu o hábito de fumar (década de 1940) até a entrada em vigor do CDC, não se impunha, à Consulente, o dever de informar sobre os riscos derivados do tabagismo, seja em razão da inexistência de regra legal ou administrativa nesse sentido, seja da compreensão então conferida ao princípio da boa-fé e ao dever de informar. Como lógica consequência, se inexistia o dever não pode haver a sua violação, e sem a violação de dever jurídico, não há eficácia jurídica: a responsabilidade civil é eficácia da violação de dever pré-existente” (Judith Martins-Costa, *Parecer citado*, fl. 33).

Apenas com o reparo de que a partir de 1988 havia regulamento impondo o dever de advertir, a lição é plenamente aceitável.

Acentuando essa contextualização histórica do princípio da boa-fé objetiva, Eros Roberto Grau e Paula Forgioni escreveram:

“A boa-fé objetiva não pode ser concebida de forma apartada da realidade objetiva existente em determinado momento histórico. Na dicção de Octávio Moreira Guimarães, ‘a boa-fé se pauta pela consciência popular, pelo senso moral da sociedade, participando desse mudável e indefinível sentimento. (...) Ora, o ordenamento jurídico sempre exigiu do fabricante que agisse de conformidade com a boa-fé. Não obstante essa pressuposição há de ser necessariamente nutrida pelos *standards* comportamentais praticados em cada período durante o qual se de a relação entre fornecedor e consumidor” (*Comércio de cigarros, O Estado, a Empresa e o Contrato*, p. 317-318).

Assim, para o período anterior a 1988, quando inexistia a obrigação regulamentar de inserir no invólucro e em anúncios a advertência que hoje neles deve constar, não se pode imputar à companhia omissão culposa por descumprimento de determinação legal.

Em primeiro, porque tal fato (nocividade) era do conhecimento comum da época. Em segundo, porque não seria exigível da companhia comportamento diferente daquele adotado, que estava de acordo com os padrões de conduta então vigentes.

“A responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente” (Sergio Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*, p. 20).

A questão é resolvida segundo o disposto no inciso III, do § 1º, do art. 12, do CDC: levando em consideração a época em que foi colocado o produto em circulação. O juiz deve “imaginar-se no tempo em que o produto foi posto em circulação no mercado” (João Calvão do Silva, *Vícios e defeitos...*, p. 60).

Nas décadas de 50 a 70, e não é preciso ir mais longe, “as pessoas, mesmo sem publicidade, conheciam o efeito especial do dano quando fumavam” (Idem, p. 64). Portanto, o produto apresentava um risco que era razoavelmente esperado pelas pessoas.

Embora sem a advertência que, àquela época, não era obrigatória, todos sabiam do inconveniência do fumo, tanto que os pais não permitiam aos filhos o fumo senão

depois de adultos. Todos os que viveram naqueles tempos sabiam disso. A par desse fato – e não se pode deixar de identificar a contradição – o ato de fumar era visto como normal, praticado em todos os recintos, ainda que fechados, no transporte, nos salões, nos restaurantes e nas salas de aula.

Disso se conclui que a periculosidade inerente ao cigarro era fato conhecido, sendo o fumo proibido aos menores, cujo risco, no entanto, não era fator de inibição para o uso social que dele se fazia. Isto é, fumar era um ato socialmente adequado. Essa concepção hoje não mais existe e o fumar sofre a mais intensa restrição, com a segregação dos usuários a áreas previamente delimitadas.

Com isso estou a dizer que o fato de o fabricante de cigarros não advertir os seus usuários, nas décadas de 50 ou 60, sobre o risco do uso do produto, não significou conduta contrária ao direito. A avaliação deve ser feita à luz do pensamento social que então presidia o comportamento das pessoas, que sabiam do risco que normalmente decorria do fumo, mas o aceitavam como sendo algo a enfrentar no ponderação custo/benefício, ou prazer/dano.

O Código de Defesa do Consumidor não tem sido aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça para relações ocorridas antes de sua vigência. É certo, porém, que alguns de seus princípios já estavam presentes no nosso ordenamento, tal como o da boa-fé objetiva, nela incluído o dever de informar.

Sendo uma cláusula geral a expressar o princípio de lealdade que deve presidir a relação entre o fabricante e o consumidor, cabe ao juiz definir o conteúdo da regra de conduta esperada para o caso. Nesse ponto, cumpre verificar as circunstâncias então envolventes do fato, a consciência média que norteava o comportamento social, as justas expectativas de uns e outros, e a partir daí definir qual o comportamento que seria adequado para aquelas circunstâncias. Não com as ideias e os valores de hoje, mas com os que se faziam presentes no momento em que a relação se estabeleceu e perdurou. Haveria grave injustiça dar o conteúdo a uma norma que serve para regular o passado usando sentimentos e princípios que surgiram no ambiente social depois da data em que a relação se estabeleceu, seja para favorecer o fornecedor, ou o consumidor.

No caso, o fabricante fornecia um produto que sabidamente continha riscos à saúde, tanto que proibido no ambiente familiar e desestimulado pelos pais, mas que era aceito socialmente como sendo de uso normal entre os adultos. Ao tempo, não se incluía no

dever de informar do fabricante a advertência sobre os riscos do ato de fumar. Logo, o princípio da boa-fé, que estava presente também ali, não autorizava a formulação de uma regra impositiva ao fornecedor. Só mais tarde é que essa ideia se consolidou no ambiente social e terminou sendo objeto de especial regulação. Observou Ruben S. Stiglitz: “Uma das questões mais modernas que se apresenta no direito contratual dos nossos tempos é a referente a um dever pré-contratual de informação” (Aspectos modernos do contrato e da responsabilidade civil, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 13, p. 7). No mesmo sentido, a informação de Vera Maria Jacob de Fradera sobre o direito alemão: “A finalidade e o rigor com que vem sendo exigido o cumprimento desse dever (de informar) tem se ampliado nos últimos tempos” (O dever de informar do fabricante, *Revista dos Tribunais*, n. 656, p. 57).

É bom lembrar que a boa-fé é uma via de duas mãos, que a ambos os contratantes ampara, obriga ou limita, como há muito afirmava em outra sede, e que Paulo Vieira de Torso Sanseverino bem explicou no seu excelente livro:

“Frequentemente, a jurisprudência, ainda que de forma implícita, tem-se utilizado do princípio da boa-fé objetiva para afastar pretensões indenizatórias de consumidores que colaboraram decisivamente para a ocorrência de prejuízos (...). Assim, a boa-fé constitui um ponto de equilíbrio dentro das relações de consumo, exigindo lealdade e honestidade nas condutas tanto do fornecedor, como do consumidor” (*Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*, p. 63).

22. Essas considerações sobre a doutrina brasileira da responsabilidade civil do fabricante nos permitem afirmar que: (a) o cigarro, sendo um produto naturalmente perigoso, que oferece risco à saúde do consumidor, não é só por isso defeituoso, porque o cigarro não oferece risco além do que razoavelmente dele se espera (art. 12, § 1º, II, do CDC); (b) quanto ao dever de informar (art. 12, *caput*, *in fine*), duas as épocas a considerar: antes da exigência normativa de advertência sobre os males do fumo, o dever de informar deve ser ponderado de acordo com as circunstâncias do tempo, nas décadas anteriores a 1980, quando era notório o conhecimento público a respeito das consequências resultantes à saúde do fumante, tanto que o fumar era comportamento proibido aos menores, ao mesmo tempo em que se tinha como normal o ato de fumar em qualquer recinto, público ou privado, aberto ou fechado. Não ter, àquele tempo, divulgado a advertência, não pode ser considerada ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, ponderando a conduta socialmente esperada. Para o tempo posterior a legislação que impôs restrições à publicidade dos produtos derivados do tabaco e exigiu

a inserção de advertências sobre as consequências do ato de fumar, verifica-se que o dever de informar está sendo regularmente cumprido.

Assim, sendo um produto com periculosidade inerente, nem por isso o cigarro é um produto defeituoso para o fim de apuração da responsabilidade civil do fabricante, nos termos do Código de Defesa do Consumidor. De outra parte, o fabricante não descumpriu com o dever de informação, cujo conteúdo é variável, considerando a época de colocação do produto no mercado.

23. Além disso:

a) A produção do fumo e uma atividade lícita, garantia de subsistência de milhares de pequenos agricultores, fundamento da economia e do desenvolvimento de algumas regiões do Estado do Rio Grande do Sul. Basta lembrar os recentes e crescentes movimentos sociais contrários a proibição do plantio;

b) a industrialização do fumo é atividade regulada por lei, do qual o Estado auferiu benefícios substanciais de natureza tributária;

c) a comercialização do cigarro se reveste da mesma importância social, econômica e fiscal.

A priori, pois, pode-se dizer que cultivar o tabaco, industrializá-lo e comercializá-lo são atos lícitos, socialmente adequados e de significativo relevo econômico para o país. Eliminá-los depende de uma decisão política que cabe ao Estado assumir, alterando o texto constitucional.

III - A PRESCRIÇÃO

24 . A prescrição da pretensão indenizatória do dano decorrente do fumo é contada nos termos do art. 27 do CDC, que marca o prazo de cinco anos a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

O Superior Tribunal de Justiça já definiu essa questão ao julgar, pela sua Terceira Turma, o Recurso Especial 304.724/RJ, sendo relator o Ministro Humberto Gomes de Barros:

“Consumidor. Reparação civil por fato do produto. Dano moral e estético. Tabagismo. Prescrição. Cinco anos. Princípio da especialidade (...). 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 do regra geral (LICC, art. 2º, § 2º)”.

Quanto à definição do termo “a quo”, a mesma lei informa que deve ser estabelecido a partir de quando o autor da ação indenizatória teve conhecimento do dano que alega ter sofrido, fundamento do seu pedido.

Isso ordinariamente é determinado pela informação médica a respeito da existência da doença referida pelo demandante. Para esse fim, “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” (REsp 304.724/RJ, citado).

A autoria do suposto dano fica conhecida com a própria escolha da marca de preferência do fumante. Se a parte não sabe indicar o fabricante, a autoria é incerta e o réu escolhido pode alegar a sua ilegitimidade passiva.

IV - O COMÉRCIO ILEGAL

25. A respeito do comércio ilegal de cigarros no país, vale lembrar as informações recolhidas pela Comissão Parlamentar de Inquérito da Pirataria, instalada na Câmara dos Deputados por ato de 30 de maio de 2003. Foram recolhidas mais de 300 mil laudas de documentos, inquiridas dezenas de testemunhas, informantes, especialistas e peritos e realizadas diligências em diversos Estados, tudo relatado no livro editado pela Câmara dos Deputados.

Recolho do relatório do Deputado Josias Quintal: “Dentre os vários dados trazidos à CPI, alguns são estarrecedores. O mercado brasileiro comercializa anualmente cerca de 144 bilhões de cigarros (98 bilhões no mercado legal + 46 bilhões no mercado ilegal). O valor dos cigarros comercializados atinge a cifra de 8,5 bilhões de reais, sendo 6,6 bilhões de reais no mercado legal e 1,9 bilhões de reais no mercado ilegal.

O Brasil possui em torno de 18 fabricantes de cigarros, dos quais apenas 2 podem ser considerados legais. O Paraguai possui 33. Juntos, eles colocam no mercado brasileiro aproximadamente 420 marcas, das quais 366 são ilegais.

Com esses números é possível calcular que apenas os impostos indiretos, que deixam de ser recolhidos em razão da ilegalidade, atingem o total de 1,4 bilhões de reais por ano. O mercado brasileiro ilegal de cigarros ocupa o 2º lugar em vendas da América Latina, ultrapassando países como México (45 bilhões de cigarros) e Argentina (35 bilhões)” (*Relatório da CPI da Pirataria*, Câmara dos Deputados, p. 55).

Essa realidade suscita dúvida fundada sobre a autoria do dano, situação que leva à dúvida sobre a legitimidade passiva da companhia indicada como ré no processo. É questão de fato a ser esclarecida durante a instrução.

A ela se soma a circunstância de ser comum o fumante variar de marca com o decorrer dos tempos, e dificultar a identificação daquele fabricante que deve responder pela indenização, não sendo caso de solidariedade passiva.

V - PROVA ESTRANHA AOS AUTOS

26 . O uso de prova estranha aos autos para a solução da demanda. Sabe-se que o contencioso judicial é um embate entre duas teses, com sustentação de parte a parte, tudo sintetizado na sentença. Para chegar à decisão, cabe ao juiz fundamentar a sua convicção nas provas constantes dos autos: “Art. 131, do CPC. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos , ainda que não alegados pelas partes; mas, deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

É o princípio do contraditório que assegura a “ciência bilateral dos atos e termos processuais, com a possibilidade de contrariá-los” (José Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 1 , p. 492).

“O contraditório constitui, sem dúvida, elemento essencial ao fenômeno processual, especialmente pela imprescindível participação dos interessados no *iter* de formação do provimento destinado a interferir em sua esfera jurídica (...). Por meio da atividade

contraposta das partes, com mediação do juiz, (permite) a investigação do material fático e jurídico da causa (...). As considerações até agora expendidas mostram, de forma suficiente, a ausência de nítida e rígida repartição de funções entre as partes e o órgão judicial. Ao contrário, da análise do que realmente se passa transparece claramente o entrelaçamento de ambas as atividades, com mútua colaboração tanto na pesquisa dos fatos, quanto na valorização jurídica da causa. Colaboração essa, acentue-se, possibilitada apenas pelo permanente diálogo entre os sujeitos processuais, com a comunicação das ideias subministradas por cada um deles (...). (...) Exatamente em face dessa realidade é que se mostra inadequada a investigação solitária do órgão judicial; o monólogo consigo mesmo limita necessariamente a perspectiva do observador, enquanto o diálogo, em compensação, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constringe à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado” (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, O juiz e o princípio do contraditório, *Revista Forense*, n. 323, p. 55).

A interação entre os figurantes do processo, essa necessidade de diálogo entre as partes e delas com o juiz foram bem acentuadas por Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart, ao discorrerem sobre a técnica da cognição, a verdade e o conceito de prova: “O diálogo (comunicação) passa a ter a preponderância no sistema. Há um retorno à velha ideia aristotélica da tópica e da retórica. A razão centra-se na comunicação e não mais na reflexão isolada de um só sujeito” (Comentários ao Código de Processo Civil, *Revista dos Tribunais*, vol. 5, t. 1, p. 52).

Segundo o sistema da persuasão racional, “o juiz forma livremente a sua convicção pela livre apreciação das provas, mas a convicção, embora livre, deve ser fundamentada. O convencimento do juiz fica condicionado aos fatos sobre os quais se funda a controvérsia, as regras legais e as máximas da experiência. Convicção livre, mas motivada ou fundamentada, consoante a prova produzida no processo” (Carreira Alvim, *Teoria Geral do Processo*, p. 274. No mesmo sentido, João Carlos Pestana de Aguiar, Comentários ao Código de Processo Civil, *Revista dos Tribunais*, v. 4, p. 45).

Contudo, tem sido frequente fundamentar-se o julgamento, de processos com pedidos indenizatórios por doenças que seriam derivadas do fumo, em elementos de prova colhidos alhures, muitos deles da Internet. Esses dados informativos (obtidos em um sistema aberto de registro, que admite qualquer tipo de alimentação, passíveis de

modificação e de adulteração) incluem-se no conceito de documentos, e por isso se submetem às normas legais sobre produção de prova documental.

No parecer de Adroaldo Furtado Fabrício foi advertido:

“Não há duvidar de que, quando uma das partes, por qualquer das formas lembradas, fizer aportar aos autos o documento procedente da Internet, obrigatoriamente observar-se-ão as normas e limitações regentes, na esfera do Direito Processual, desse meio de prova. Assim, caso se trate de documento essencial à propositura da demanda, há de apresentá-lo o autor com a inicial; nos casos em que a juntada ocorra no curso do procedimento, a parte contrária terá dele vista; depois de proferida a sentença de primeiro grau, somente circunstâncias excepcionais poderão tornar amissível a juntada (...). Quando é o próprio órgão julgador quem tomou a iniciativa de 'juntar' o documento (...), a juntada atípica é rigorosamente ilegal, antes de tudo porque infratora ao princípio do contraditório” (*Parecer*, fl. 17-18).

É certo que o juiz hoje não pode ser visto como a 'figura de pedra', porquanto lhe é permitida participação ativa também na apuração dos fatos, mas sempre com o caráter subsidiário a que aludem diversos dispositivos processuais (arts. 130, 418, 437, 440, do CPC).

Também se permite ao juiz (i) a dispensa da produção de prova, quando diante de 'fatos notórios' (art. 334, inciso I, do CPC); e (ii) suprir a falta de normas jurídicas com as regras da experiência comum ou da experiência técnica (art. 335, do CPC).

No caso das ações indenizatórias a que estamos nos referindo, não se pode dispensar a prova pericial para comprovar a relação causal entre o ato de fumar e o dano, sob a alegação de que se trata de fato notório, pois não é disso que se trata. O fato notório é o conhecimento estatístico de que o fumo muitas vezes produz males à saúde, mas não é notório que ao autor da ação se aplica essa máxima.

A regra da experiência pode ser invocada para o caso de inexistir norma jurídica que auxilie o juiz na extração de uma conclusão a partir dos dados conhecidos. Contudo, não existe regra da experiência, comum ou técnica, que estabeleça a relação necessária e suficiente entre o fato conhecido do hábito de fumar e o dano. Por isso, não incide o disposto no art. 335 do CPC, pelo menos não para fundamentar uma dispensa de perícia destinada à comprovação da relação causal.

27. Assim como os juízes sofrem da tentação de trazer conhecimentos pessoais e provas adredemente recolhidas para o exame de casos dessa natureza, também me curvo ao mesmo impulso para dizer que examinei o caso que me foi proposto a partir de duas experiências pessoais: perdi pai e mãe, fumantes inveterados, abatidos por enfisema pulmonar. Nunca me ocorreu transferir à companhia produtora dos cigarros a responsabilidade por esse dano irreparável. De minha parte, fumei mais de uma carteira de cigarros por dia durante vinte anos, e certo dia decidi deixar de fumar e assim acontece por outro tanto de tempo.

Não critico o comportamento pessoal de quem escolhe a via judicial para obter indenização pela suposta consequência do hábito de fumar, mas não o adotei nem o recomendo. Também não aceito seja dito que hábito de fumar é um vício compulsivo, porque somente fuma quem quer.

Na dicção de Arnaldo Rizzardo: “Em última instância, toda a problemática assenta-se nas seguintes verdades: as pessoas começam a fumar e fumam porque querem, estando cientes dos riscos associados ao consumo de cigarros; como se não bastasse, sabem que fumar implica diversos riscos para a saúde, e ainda assim fumam” (*Responsabilidade Civil*, p. 869).

28. Em resumo:

- 1.** O art. 12 do CDC atribui ao fornecedor pelo risco da sua atividade, a responsabilidade civil (a) pelo produto com defeito que colocar no mercado, e (b) pela falta da devida informação.
- 2.** A responsabilização independe da culpa e está fundada no contato social (circulação do produto) .
- 3.** A responsabilidade objetiva decorre do risco do atividade, mas está condicionada ao defeito do produto ou da informação (teoria mitigada do risco).
- 4.** O pressuposto da ilicitude está no descumprimento do dever geral de manter a integridade do produto ou do dever de informação.

5. O dano deve ser injusto, que se caracteriza quando o lesado não está obrigado a suportá-lo. Não há dano injusto quando a vítima assume o risco que razoavelmente se espera do produto.

6. O produto com periculosidade inerente não é só por isso defeituoso. O cigarro, assim como outros produtos, somente seria defeituoso se produzisse riscos além dos razoavelmente esperados, ou se descumprido pelo fabricante o dever de informação.

7. Hoje, há regulação legislativa expressa a respeito da informação que deve ser prestada ao consumidor de produtos derivados do tabaco.

8. Antes da década de 1980, inexistia norma legal impondo essa obrigação e a comercialização (sem a advertência) era feita de acordo com o padrão de conduta socialmente aceito à época. Atualmente, os fabricantes de cigarros atendem às determinações legais.

9. Os pressupostos da responsabilidade civil devem ficar provados nos autos, de acordo com os princípios processuais aplicáveis às demandas de consumo.

10. A prescrição é regulada pelo disposto no Código de Defesa do Consumidor.

É o parecer.

Como citar: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Os pressupostos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e as ações de indenização por danos associados ao consumo de cigarros (parecer). **Civilistica.com.** Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/indenizacao-consumo-cigarros/>>. Data de acesso.