

A Tutela Jurisdicional na Responsabilidade Civil das Indústrias do Tabaco – Questões Atinentes à Matéria Probatória

Lúcio Delfino

Doutor em Direito Processual Civil (PUC-SP). Diretor da Revista Brasileira de Direito Processual. Advogado.

Sumário: **1** Introdução – **2** A importância da prova e do mecanismo de distribuição do ônus probatório – **3** O elenco de requisitos a serem provados com o intento de assegurar a responsabilidade civil das indústrias do tabaco – **4** A prova de que o fumante consome/consumia cigarros fabricados pela indústria do fumo inserida no polo passivo da ação – **4.1** Fumantes cujo consumo englobou duas ou mais marcas de cigarros, fabricadas por diversas indústrias de cigarros – **5** A prova dos danos (morte, enfermidades diversas, danos morais) – **6** A prova do nexo de causalidade entre o consumo de cigarros e a(s) enfermidade(s) – **6.1** A teoria da equivalência dos antecedentes causais – **6.2** A teoria da causalidade adequada – **6.3** A teoria do dano causal direto e imediato – **6.4** Teorias sobre o nexo causal e sua aplicação no tema sob análise – **7** A manutenção da presunção do(s) defeito(s) – **8** Há necessidade de se provar o nexo entre a(s) imperfeição(ões) do cigarro e a enfermidade acarretada ao fumante? – **9** A inversão do ônus da prova – **10** A publicidade enganosa e abusiva e a sua prova – **11** Conclusões

1 Introdução

Já se tornaram realidade no País ações judiciais ajuizadas por fumantes (ou seus familiares, em caso de morte) em face de fabricantes do tabaco, nas quais se postula ressarcimento pelos danos oriundos do tabagismo. Ecoam — não se pode deixar de constatar — vozes autorizadas na doutrina defendendo posicionamento contrário à procedência de tais pretensões indenizatórias.¹ Aliás, formou-se no

¹ A título de exemplo, confira-se a bem trabalhada doutrina de Arnaldo Rizzardo (*Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 865-874. Cite-se também a obra de Tereza Ancona Lopes (*Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2007).

território brasileiro sedutora corrente jurisprudencial contrária aos interesses dos tabagistas.

Mas há também forte construção doutrinária abalizando os direitos das vítimas do fumo.² Ainda mais importante, constata-se a construção paulatina de uma jurisprudência voltada a abalizar a tese da *responsabilidade civil das indústrias do tabaco*, cujos fundamentos mais fortes cingem-se na defeituosidade dos produtos fumígenos e na prática do abuso de direito por parte de suas fabricantes³ —

² Citem-se alguns trabalhos: MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela do consumidor diante das noções de produto e serviço “defeituosos”: a questão do tabaco. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 63, 2008; MARQUES, Cláudia Lima. Violação do dever de boa-fé de informar, corretamente, atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha. Nexo causal entre a falha/defeito de informação e defeito de qualidade nos produtos de tabaco e o dano final morte. Responsabilidade do fabricante do produto, direito a ressarcimento dos danos materiais e morais, sejam preventivos, reparatórios ou satisfatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 835, p. 74-133, 2005; LIMA, Adriana do Couto Pedreira. *Responsabilidade civil das empresas fabricantes de fumo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002; DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo*. Curitiba: Juruá, 2008; DELFINO, Lúcio. O fumante e o livre-arbítrio: um polêmico tema envolvendo a responsabilidade civil das indústrias do tabaco. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 361, p. 35-65, 2007; DELFINO, Lúcio. O direito intertemporal e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas ações indenizatórias ajuizadas por fumantes contra a indústria do fumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 62, p. 124-138, 2007; DELFINO, Lúcio. A indenização pelo consumo de cigarros e a responsabilidade pelo fato do produto. *Revista Jurídica UNIJUS*, v. 10, p. 101-110, 2007. DELFINO, Lúcio. *Consciência pública, malefícios do cigarro e os documentos secretos da indústria do fumo*. Disponível em: <www.tex.pro.com.br>; DELFINO, Lúcio. Responsabilidade civil das indústrias fumíferas sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 51, p. 172-197, 2004.

³ Defendemos a tese de que o cigarro é um produto *imperfeito juridicamente*, e isso por albergar alguns vícios. Um deles se refere à informação. Ainda hoje, mesmo diante das louváveis medidas antitabagistas implementadas pelo Governo Federal, a informação sobre a natureza e riscos do cigarro não atingiu a qualidade exigida pelo Código de Defesa do Consumidor. O legislador *consumerista* conferiu à informação importância notória, referindo-se a ela em diversas oportunidades. Ora, a informação não só integra o rol de princípios da Política Nacional de Relações de Consumo (CDC, art. 4º, IV), como também representa verdadeiro *direito básico do consumidor* (CDC, art. 6º, III). A Lei nº 8.078/90 também estabelece importantes referências sobre ela nos arts. 8º, parágrafo único; 9º; 12; 14; 19 e 31. A proposta formulada, em recente trabalho científico de autoria de um dos autores deste artigo (Lúcio Delfino), exigido para a conclusão de curso de doutorado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, para que se possa efetivamente superar essa defeituosidade dos cigarros, parte da premissa de que os informes a serem ofertados ao consumidor brasileiro devem abordar as características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade, origem e outros dados, em uma linguagem correta, clara, precisa, ostensiva e em língua portuguesa (CDC, art. 31). Isto é, acreditamos que o cigarro, um produto cuja fumaça dele emanada possui mais de 4.700 substâncias tóxicas, *deve vir acompanhado de prospectos, verdadeiras “bulas”, a exemplo do que*

jurisprudência essa que teve como nascedouro a intelectualidade dos membros do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.⁴

Enfim, a tese favorável aos fumantes vem logrando êxito, ganha força e amadurece dia a dia. E se assim é, também ganha importância o exame dos aspectos processuais atinentes a tais ações judiciais. Afinal, a evolução dos direitos material e processual deve, necessariamente, caminhar conjuntamente, sempre que se quiser assegurar a justa e efetiva tutela jurisdicional.

ocorre com os remédios, mas em linguagem menos técnica e acessível ao homem médio. Como complementação a essa ideia, pensamos que a indústria do tabaco e o Governo Federal devem investir, ainda mais, em campanhas antitabagistas, em especial utilizando-se do poder de difusão da televisão, o que garantiria o acesso às informações por aqueles menos abastados economicamente, muitos dos quais sequer sabem ler ou escrever. Essas medidas podem parecer exageradas para alguns, mas certamente não o são, principalmente quando se tem consciência da sofisticada estratégia adotada pelos fabricantes do tabaco para promover os seus produtos — parte dessa estratégia pode ser compreendida mediante o exame dos intitulados “documentos secretos” da indústria do fumo, hoje públicos e disponibilizados pela internet. Apenas para se ter uma ideia do conteúdo de tais documentos, restou demonstrado por meio deles que, já na década de 50, ou antes disso, algumas indústrias do tabaco já conheciam as características psicotrópicas da nicotina. Sabiam também que o consumo de cigarros causava câncer pulmonar. Mas ao invés de informarem a sociedade acerca daquilo que descobriram, preferiram se omitir. Pior que isso, assumiram uma postura ativa voltada a difundir publicidades insidiosas, que faziam apologia sobre o produto danoso, já que o vinculava a situações alheias a suas verdadeiras características. Assim, o cigarro era ligado ao bem-estar, ao sucesso profissional, à saúde, à sexualidade, ao prazer, ao requinte, aos esportes, etc. Mas a estratégia destas indústrias não ficou nisso: a) elas contrataram atores e diretores de cinema para que os seus produtos fossem retratados, nas telas dos cinemas, sempre de forma positiva; b) financiaram esportistas diversos, também com a intenção de garantir uma imagem socialmente aceitável acerca do tabagismo; c) contrataram cientistas e empresas de relações públicas para que combatessem aquelas pesquisas que surgiam, cada vez com mais intensidade, e, assim, criarem um ambiente de ceticismo e dúvida sobre os malefícios que se imputavam advir do tabagismo; d) direcionaram suas campanhas publicitárias aos jovens, crianças e adolescentes, porquanto são eles mais suscetíveis a experimentarem o cigarro e deles se tornarem dependentes. Enfim, essas empresas do tabaco despenderam, durante décadas, grande energia e fortuna para estabelecer uma aura positiva em torno do tabagismo, garantindo, assim, vultosos lucros. E realmente tiveram sucesso, afinal, hoje, o lucro anual estimado das empresas de tabaco em todo o mundo chega a 300 bilhões de dólares. Por óbvio que mais dinheiro, tempo e energia deverão ser também despendidos para que essa pseudoatmosfera seja definitivamente expurgada do seio social, e uma imagem real, afinada à verdadeira natureza dos cigarros, possa, de uma vez por todas, finalmente imperar.

⁴ Para exemplificar, cite-se substancioso acórdão da lavra do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujos votos couberam aos ilustres Desembargadores Odone Sanguiné (Relator), Marilene Bonzanini Bernardi e Tasso Caubi Soares Delabary (Apelação cível nº 70016845349, disponível integralmente no site: <www.tj.rs.gov.br>).

Este breve ensaio volta-se à análise dos aspectos mais polêmicos atinentes à matéria probatória em ações cujo mérito envolve as relações de consumo firmadas entre fumantes e indústrias do tabaco.

2 A importância da prova e do mecanismo de distribuição do ônus probatório

Certamente que a prova, no momento de se proferir decisões judiciais, caracteriza-se elemento indispensável à formação da convicção do magistrado daí Carnelutti rotulá-la de o *coração do processo*.⁵ E não só a prova, mas todo o *mecanismo de distribuição do ônus probatório* auxilia o julgador em sua laboriosa atividade.

E esse *mecanismo* não se apresenta mediante características rijas. É, aliás, bem flexível, maleável, justamente para garantir o tratamento igualitário das partes no processo, oscilando o ponteiro do *onus probandi* em consonância com a relação jurídica ou com a natureza do direito material objeto do caso concreto (os direitos do consumidor, administrativo e civil apresentam, cada qual, peculiaridades específicas na distribuição do *onus probandi*, especialmente no que toca ao tema responsabilidade civil).⁶

⁵ CARNELUTTI *apud* DUARTE, Bento Herculano. *Elementos de teoria geral da prova: processo civil: aspectos relevantes*. São Paulo: Método, 2005. p. 14.

⁶ Ganha corpo no Brasil a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Sabe-se — consoante leciona Fredie Didier Jr. — que o CPC brasileiro adotou a *teoria estática do ônus da prova*, distribuindo prévia e abstratamente o encargo probatório: ao autor incumbe provar os fatos constitutivos de seu direito, e ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos. Sucede que nem sempre autor e réu possuem condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi imposto previamente. E, não havendo provas suficientes nos autos para evidenciar os fatos, o juiz terminará por proferir decisão desfavorável àquele que não se desincumbiu de seu encargo de provar (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 1, p. 519). A *teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova* é mais lúcida. Surgida na Argentina, sua tônica é a repartição dinâmica do ônus da prova. Baseando-se nos princípios da veracidade, boa-fé, lealdade e solidariedade (com atuação do juiz), defende-se que é necessário levar em conta as circunstâncias do caso concreto, para atribuir-se o ônus da prova àquele que tem condições de satisfazê-lo; impõe-se uma atuação probatória da parte que tem mais possibilidades de produzi-la. E o juiz, verificando que houve uma violação ao dever das partes de cooperação e solidariedade na apresentação das provas, deve proferir decisão contrária ao infrator. Tudo isso, no intuito de que o processo alcance seus fins, oferecendo prestação jurisdicional justa (SOUZA, Wilson Alves *apud* DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 1, p. 520). Enfim, e segundo ensina Fredie Didier Jr., de acordo com essa teoria: a) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; b) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, dinâmica; c) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); não é relevante a natureza do fato probando — se

Não há, ainda, de se descartar a influência das normas processuais no âmbito da prova. É que a importância da prova poderá variar segundo circunstâncias processuais, mormente em face da *petição inicial* e da *defesa do réu*. Por exemplo, havendo ausência de contestação, ou situação análoga (revelia; reconhecimento da procedência do pedido; confissão; silêncio puro; matéria puramente de direito), logicamente que o instituto da prova, numa perspectiva processual, e em princípio, terá o seu relevo diminuído.⁷

Mas, neste espaço, há de se restringir o assunto: o objetivo deste ensaio é pensar-se na distribuição do ônus da prova, tendo por foco exclusivo a *responsabilidade civil pelo fato do produto* e as normas constitucionais e infraconstitucionais que tutelam os direitos do consumidor — *afinal, a relação travada entre fumantes e indústrias de tabaco é de consumo*.

3 O elenco de requisitos a serem provados com o intento de assegurar a responsabilidade civil das indústrias do tabaco

Num exame focado no CDC, o *ato ilícito*, motivador da responsabilidade civil das indústrias do fumo, reside nas imperfeições, intrínsecas e extrínsecas, do cigarro. Esses *vícios* evidenciam o descumprimento, por parte delas, de um *dever jurídico de segurança* que lhe cumpre respeitar.⁸

Sumariamente, os requisitos que ensejam a responsabilidade civil das indústrias do fumo, sob um enfoque exclusivamente voltado à Lei nº 8.078/90, são:

- a) a prova de que o autor (ou o falecido, em sendo a família desse quem ajuizou a ação) consome/consumia cigarros fabricados pela indústria do fumo, ré na ação;
- b) a prova dos *danos* (morte, enfermidades diversas, despesas, danos morais, etc.);

constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito —, mas, sim, quem tem mais possibilidades de prová-lo (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 1, p. 520).

⁷ CARNELUTTI *apud* DUARTE, Bento Herculano. *Elementos de teoria geral da prova: processo civil: aspectos relevantes*. São Paulo: Método, 2005. p. 14.

⁸ Mais esclarecimento acerca deste aspecto do tema podem ser obtidos na obra *Responsabilidade civil e tabagismo*, publicada pela Editora Juruá, no ano de 2008, de autoria de Lúcio Delfino.

- c) a prova do *nexo de causalidade* entre o consumo de cigarros e a(s) enfermidade(s) (ou morte do consumidor); e
- d) a manutenção da presunção do(s) *defeito(s)* (presunção esta que milita em favor do consumidor).

Ressalte-se que pertence ao(s) autor(es) o ônus de provar os requisitos *a, b e c* acima delimitados, excetuando-se a hipótese de o juiz deferir a inversão do ônus probatório. O consumidor, em função de peculiaridade própria da Lei nº 8.078/90, encontra-se dispensado de demonstrar a existência de *defeito(s)* — item *d* — no produto disponibilizado no mercado, *obrando em seu favor a presunção de que ele efetivamente concretizou-se.*

Obviamente que outras questões poderão surgir em razão das singularidades de cada caso concreto. De qualquer modo, estas, enumeradas acima, são as essenciais, ou seja, as que, efetivamente, hão de ser trabalhadas em basicamente todas as demandas relacionadas ao tema.

Adiante, cada uma delas será devidamente examinada.

4 A prova de que o fumante consome/consumia cigarros fabricados pela indústria do fumo inserida no polo passivo da ação

O autor-consumidor deverá demonstrar sua condição de tabagista (ou que já esteve em tal condição); em sendo os familiares os autores da ação, deles será o ônus de se provar que o *de cuius* era efetivamente um fumante.

A prova da utilização do produto é deveras essencial. No caso, esse uso, por ser alavancado pela nicotina, normalmente é contínuo, ininterrupto. A essencialidade dessa prova está justamente na ideia de que apenas poder-se-á pensar em uma condenação, tendo por alicerce a *responsabilidade pelo fato do produto*, se, obviamente, tal produto tiver sido utilizado pelo consumidor e, por conseguinte, acarretar-lhe danos (a ele ou, por reflexo, a sua família).

Todavia, há um caso hipotético — pelo menos no Brasil, onde ainda não há precedentes — em que a demonstração do *consumo direto* de tabaco é dispensada ao(s) autor(es) da demanda. Tratando-se o enfermo (ou morto) de um *tabagista passivo*,⁹ não haveria como se defender a exigência de tal prova; afinal, não é (ou era)

⁹ Consumidor não é só aquele que adquire e/ou utiliza produtos e serviços. Esse rótulo não é conferido apenas aos participantes diretos das relações de consumo. Naquilo que diz respeito à responsabilidade civil, a Lei nº 8.078/90 avançou, equiparando aos consumidores

um viciado, não consumia cigarros ininterruptamente, para garantir o suprimento de níveis momentâneos de nicotina. Em casos tais, a prova a ser produzida seria a de que a vítima, de fato, é (ou foi) um *fumante passivo*, já que vive (ou vivia) em ambientes onde é (ou era) comum a prática do tabagismo.

Igualmente essencial se mostra a demonstração da(s) marca(s) de cigarros consumidos diariamente pelo fumante. Na medida em que são muitas as empresas que exploram a atividade de produção e fabricação de produtos do tabaco, a prova da marca consumida tem por fito a comprovação de que a ação foi corretamente direcionada. Ou seja, essa prova encontra-se intimamente associada à própria legitimidade passiva, de modo que, não sendo ela produzida, restarão insubsistentes quaisquer outras discussões respeitantes à matéria de fundo da demanda.

E tal prova não se mostra, de modo algum, impraticável. Aliás, no mais das vezes, é bastante simples e será produzida por meio de testemunhas, pessoas que, por

aqueles que, embora não tenham consumido produtos ou contratado serviços, acabaram vítimas de eventos. Parafraseando Eduardo Gabriel Saad, o art. 17 impõe que o manto protetor estendido pelo CDC sobre o consumidor alcance também aquele que, sem ter participado da relação de consumo, acaba suportando danos, sejam eles quais forem, causados por imperfeições em produtos e serviços (SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 285). Logo, torna-se irrelevante o fato de a vítima não ter adquirido produtos ou contratado serviços para que seja equiparada ao consumidor; é imprescindível, apenas, que tenha existido uma relação de consumo anterior, mesmo que a vítima a desconheça, gerando-se dela danos à sua incolumidade física ou psíquica. Imagine-se, a título de ilustração, um pai de família tabagista. A esposa e a filha, por outro lado, nunca fumaram. Entretanto, sempre estiveram em contato direto com a fumaça tóxica do produto, em razão da convivência. Passados vários anos, o fumante, apresentando problemas em sua saúde, resolve procurar um médico que, após a realização de alguns exames, diagnostica câncer pulmonar provocado pelo tabagismo. Esse tabagista enquadra-se perfeitamente no conceito entabulado no art. 2º, *caput*, do CDC; é, pois, um consumidor padrão. Mas e se a malfadada doença acometesse a mulher do indivíduo ou a sua filha, estas que são inequivocamente *fumantes passivas*? Tais pessoas poderiam utilizar-se do CDC para alicerçar eventuais pretensões indenizatórias? Seriam elas também consumidoras? A resposta é positiva para ambas as questões, mormente porque, segundo o art. 17 do CDC, elas são consumidoras por equiparação legal. Afinal, foram vítimas de um evento, mesmo não tendo participado diretamente das relações de consumo firmadas entre o tabagista ativo e a(s) empresa(s) de fumo. Os fumantes passivos são aqueles que, embora não possuam o vício de fumar, convivem diretamente com fumantes, inalando, dia a dia, a fumaça tóxica do cigarro. É certo que tais pessoas não se encaixam no conceito de *consumidor padrão*. Não adquirem ou usam (por vontade própria) o cigarro como destinatário final. No entanto, muitas vezes, acabam por se tornar vítimas de uma relação de consumo na qual não tiveram participação. Embora nunca tenham comprado um cigarro na vida, foram vítimas do produto mortal, por inalarem sua fumaça tóxica, fato que, evidentemente, as equipara (fumantes passivos) aos consumidores. Mais esclarecimentos a respeito deste assunto podem ser obtidos na obra: DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo*. Curitiba: Juruá, 2008.

anos a fio, conviveram com o fumante e, por tal razão, têm condições de afirmar, categoricamente, a preferência dele com relação a uma ou outra marca de cigarros.

Prevalece, aqui, a regra geral de distribuição do ônus probatório, inserta no art. 333 do CPC. Destarte, competirá ao(s) autor(es) a prova do fato constitutivo de seu direito, e isso especificamente no que tange à demonstração de que a vítima é (ou era) praticante do tabagismo, consumindo determinada(s) marca(s) de cigarros.

4.1 Fumantes cujo consumo englobou duas ou mais marcas de cigarros, fabricadas por diversas indústrias de cigarros

Certamente que situações nem um pouco atípicas surgirão. Imagine-se um fumante que, no decorrer de toda a sua existência, consumiu quatro ou cinco marcas diferentes de cigarros, estes produzidos por diversas fabricantes. De igual modo, tenha-se em mente a hipótese que envolve um fumante passivo, o qual convive diariamente com diversos tabagistas, estes que fumam, cada um, marcas distintas de cigarros, também fabricados por distintas fabricantes.

Se acaso um desses indivíduos (o fumante ativo e o passivo) desenvolverem uma doença tabaco-relacionada, a primeira questão a ser enfrentada, antes de se ajuizar uma ação de indenização, é a de se desvendar em face de qual(is) fabricante(s) de tabaco a ação deverá ser endereçada.

E a resposta para esse problema está na ideia de *obrigação solidária*. Se todas as marcas de cigarros contribuíram para o desenvolvimento da enfermidade que atingiu a vítima, salta à vista que a solução coerente será a de se responsabilizar qualquer uma das empresas (ou mesmo todas elas) detentoras dos direitos de fabricar as tais marcas. Solução esta não só afeta a lógica, como também alicerçada em sólida base jurídica.

Não se pode olvidar que, dentro do microssistema *consumerista*, a *solidariedade* surge como um verdadeiro princípio, juntamente com outros tantos existentes e voltados à proteção efetiva do consumidor brasileiro.

Trata-se de *solidariedade legal*, positivada não apenas no parágrafo único do art. 7º, mas também robustecida pelos arts. 18; 19; §§1º e 2º do art. 25; §3º do art. 28 e art. 34, todos do CDC. Vê-se, dessa insistente repetição, evidente preocupação do legislador com a eficaz compensação de danos suportados pelo consumidor, não se podendo calcar tal comportamento de inexato, senão de técnica preventiva intentada a

limitar discussões jurídicas que possam vir a surgir a respeito do tema. Essa opção legislativa — aquela de se repisar, em vários artigos da lei, a ideia instituída pelo parágrafo único do art. 7º do CDC —, garante à *solidariedade* seu lugar como princípio na Lei *consumerista*, reforçando sua importância, sempre que se estiver diante de situações concretas envolvendo o polo naturalmente mais vulnerável das relações de consumo.

A Lei nº 8.078/90, expressamente, prevê, como direito básico dos consumidores, a *efetiva* reparação de danos por eles sofridos — patrimoniais, morais, individuais, coletivos e difusos. A *solidariedade* surge, então, como decorrência natural desse direito, facilitando, sobremaneira, a defesa dos interesses do consumidor lesado, vez que poderá ele optar contra qual ou quais integrantes da cadeia de fornecedores provocará o exercício da jurisdição. Tal poder de escolha representa instrumento importante e eficaz, mormente numa sociedade de consumo em manifesto desenvolvimento e na qual, muitas vezes, se encontram fornecedores sem lastro patrimonial suficiente a garantir prejuízos causados em decorrência de imperfeições de produtos e serviços.¹⁰

5 A prova dos danos (morte, enfermidades diversas, danos morais)

Por óbvio, é o dano elemento essencial para que se caracterize a responsabilidade civil do agente. Afinal, nada havendo a ser reparado, ilógica será qualquer argumentação pautada no dever indenizatório.

Constituem danos patrimoniais a privação do uso da coisa, os estragos nela causados, a incapacitação do lesado para o trabalho, a ofensa à sua reputação, quando tiver repercussão na sua vida profissional ou nos negócios.¹¹ Enquadram-se, aí, tanto os *danos emergentes* como os chamados *lucros cessantes* (art. 402 do novo CC).

No caso de ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido¹² (art. 949 do atual CC). Se, por outro

¹⁰ A norma, contudo, comporta exceções ou, ao menos, mitigações, a exemplo do que ocorre na hipótese prevista no art. 13 do CDC.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saravia, 1992. p. 50.

¹² O Código Civil e outras legislações ordinárias, tratados ou convenções internacionais poderão ser aplicados nas relações de consumo, desde que não limitem os direitos dos consumidores previstos na Lei nº 8.078/90. É o que prescreve o art. 7º do Código de Defesa

lado, a ofensa à saúde resultar em lesão pela qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou mesmo lhe diminuir a capacidade do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para o qual se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu — nesse caso, poderá o ofendido, se quiser, exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez (art. 950, parágrafo único, do atual CC).

Se o tabagismo, entretanto, acarretar a morte do consumidor, a indenização consistirá no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral, luto da família, como também na prestação de alimentos a quem o falecido os devia, por todo o período de sobrevivência presumido e fixado na sentença¹³ (art. 948 do atual CC).

Noutro rumo, muitos danos, além de atingirem a integridade física e/ou patrimonial da vítima, afetam igualmente sua incolumidade psíquica, acarretando-lhe dissabores dos mais diversos como, por exemplo, angústia, desgosto, humilhação e aflição espiritual — estes são os chamados *danos morais*. A morte, por exemplo, motiva, inegavelmente, danos morais àquelas pessoas próximas ao *de cujos*. De tal sorte, os chamados danos morais, acaso devidos, poderão ser cumulados com os danos materiais (Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça).

É conceito praticamente unânime o de que tais espécies de lesões psíquicas são presumidas, não reclamando nenhuma modalidade de prova — são os intitulados danos morais *puros* ou *subjetivos*. Ademais, a complexidade da natureza humana, tanto quanto a subjetividade da personalidade de cada indivíduo, torna inviável e dispensável a prova da dor sofrida. Cada pessoa sofre, moral ou psiquicamente, de maneira diversa, conforme o grau de sensibilidade que possui. A recompensa material a ser paga para a vítima (ou aos seus familiares, em caso de falecimento) não tem natureza reparatória. A rigor, a reparação com assento na mensuração da dor, advinda

do Consumidor: “Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”.

¹³ Conforme assevera o estudioso jurista Jurandir Sebastião, atualmente a “expectativa de sobrevivência tem sido fixada na sentença. Hoje a expectativa de sobrevivência tem sido fixada pelos Tribunais em 65 anos de idade. Mas como as perspectivas de longevidade estão paulatinamente aumentando — graças aos avanços da Geriatria —, nada impede que o juiz a fixe em 68 ou 70 anos, com base nos novos dados estatísticos” (SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica civil, criminal e ética*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 45).

de sentimentos como tristeza, perda ou desfalque de ente querido, é impossível.¹⁴ A indenização auferida funciona como uma forma de entretenimento, uma compensação, dando à vítima (ou a seus familiares em caso de falecimento) maiores possibilidades de lazer, descanso, distração e conforto, ajudando-a, conseqüentemente, a esquecer ou amenizar o trauma sofrido.

Naquilo que se refere ao arbitramento do dano moral, as questões são ainda tormentosas. Um dos problemas cujo trato se revelava quase insolúvel, principalmente pela diversidade de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, era aquele vinculado a um aspecto formal: o pedido formulado pelo autor deveria ser certo e determinado ou, ao contrário, ser construído de forma genérica?

Eram três as principais correntes de entendimento: a) a primeira defendia ser obrigação do autor a fixação do *quantum* a título de danos morais, fundamentando que o pedido deverá ser, em regra, certo e determinado, e que somente o autor teria condições de arbitrar o valor pretendido, uma vez que foi ele o ofendido pelo dano; b) a segunda, por sua vez, adotava o entendimento de que o pedido deverá ser genérico, cabendo ao magistrado o arbitramento do *quantum* devido, em conformidade com as condições específicas de cada caso; c) e a última entendia ser necessária a fixação do *quantum* pelo autor sem, entretanto, esse pedido ter natureza certa e determinada, mas, sim, servindo-se unicamente de parâmetro (pedido hipotético) para o juiz, quando do arbitramento do valor devido.

Não se tratava de discussão meramente acadêmica, pois tinha forte repercussão prática. Se o autor formulasse o pedido genericamente, o juiz, acaso tivesse entendimento diverso, poderia ordenar a emenda da inicial para que um valor certo e determinado fosse apontado. Emendando a inicial, ou, já de início, formulando um pedido certo e determinado, o autor corria o risco de não ter toda a sua pretensão deferida e obter uma condenação inferior àquela postulada, o que lhe geraria uma sucumbência recíproca, cujo valor poderia ultrapassar a própria condenação principal. Deveras, a situação do autor era demasiadamente fragilizada.

Entretanto, esse transtorno, salvo melhor juízo, acabou resolvido pelo Superior Tribunal de Justiça, com a edição da Súmula nº 326, que reza: “Na ação de

¹⁴ SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica civil, criminal e ética*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 47.

indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”.

Logo, a conclusão que se infere é a de que o autor poderá optar entre formular pedidos *genéricos* ou *certos e determinados*, sendo que a última opção não lhe acarretará prejuízos, uma vez que tal pedido será tido pelo Judiciário como *meramente estimativo*, não lhe carregando sucumbência recíproca acaso o juiz condene o réu em valor inferior àquele postulado na inicial.

É de se dizer, ainda: ao juiz — e isso é indiscutível — cabe o arbitramento, em casos de procedência do pedido, do dano moral, segundo seu prudente critério judicante (como se legislador fosse, caso a caso),¹⁵ levando-se em conta a natureza da ofensa, a repercussão social do dano, grau de culpa, a posição econômica do ofensor, a capacidade de o ofensor incidir no mesmo erro e, finalmente, as práticas de fato realizadas pelo agente para apaciar a dor da vítima.¹⁶

Quanto ao chamado *dano estético* algumas considerações merecem ser trabalhadas.

Dano estético é aquele que implica quaisquer espécies de alterações morfológicas, acarretando para a vítima, mesmo que em patamares ínfimos, um afeamento em sua estética humana. Tal dano consiste em aleijões, cicatrizes, marcas, defeitos e lesões, motivadores de desconforto, desgosto, complexo de inferioridade, exercendo ou não influência na capacidade laborativa dos lesados.

Não há de se falar em *cumulação* de danos morais e estéticos. Aliás, aqui, a expressão *cumulação* é imprópria, na medida em que, quando utilizada, dá a impressão de se referir a duas espécies diferentes de danos. E, verdadeiramente, o dano estético nada mais é do que *espécie* de dano moral. Melhor seria dizer que, ao arbitrar o dano moral, o magistrado deverá *acrescer-lhe* um adicional pecuniário, nas hipóteses em que se configurarem também lesões de natureza estética.

Realmente, o dano estético está enquadrado no conceito de dano moral, porquanto sempre acarretará consequências de ordem psíquica à vítima. Não se pode negar ser o homem um ser social, o que se traduz na necessidade de contato

¹⁵ SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica civil, criminal e ética*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 47.

¹⁶ Acredita-se que os tribunais não têm arbitrado, de maneira coerente, os pedidos judiciais referentes ao dano moral. O aspecto punitivo da indenização, na maioria das vezes, não tem sido levado em conta; em consequência disso, o *quantum* fixado não castiga os ofensores mas, de certa forma, até os incentiva a persistir no ilícito.

permanente com seus semelhantes. Nesse ponto, delinea-se a importância social da estética do ser humano, ou seja, na vida e no trato diário com seus pares.

Deveras, ao valorar o dano moral suportado pela vítima, deverá o magistrado acrescentar-lhe uma importância — também a ser valorada — correspondente aos danos estéticos por ela suportados — danos estes que também são de natureza moral e que, por sua gravidade, deverão ser, necessariamente, levados em conta pelo órgão julgador, no momento de se arbitrar o valor devido à vítima.

6 A prova do nexo de causalidade entre o consumo de cigarros e a(s) enfermidade(s)

O liame existente entre o fato danoso e os prejuízos sofridos e devidamente comprovados é o que se denomina de *nexo de causalidade*.

O CDC adotou o regime da responsabilidade objetiva, atribuindo ao fornecedor o ônus de demonstrar a inexistência do(s) defeito(s), caso queira eximir-se do encargo de indenizar. Diante disso, cabe ao consumidor simplesmente *alegar* a existência de defeito no produto (ou serviço); o fornecedor, por outro lado, buscará *demonstrar* que tal defeito é insubsistente.

Apesar de o defeito ser presumido, o mesmo não se dá com o *nexo de causalidade* entre a utilização do produto (ou serviço) e os *danos*.

É certo que algumas vozes da doutrina adotam uma posição mais radical. Afirmam que a Lei nº 8.078/90 evidenciou, também quanto ao nexo causal, a inversão obrigatória do ônus da prova em favor do consumidor, quando se tratar de relações que envolvam responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (art. 12 e 14).

Tal posição é comprovada — segundo aludida corrente doutrinária — pela análise do §3º do art. 12 do CDC ao impor que 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 inexistente*; III – *a culpa exclusiva* do consumidor ou de terceiro”. Essas excludentes seriam, ainda de acordo com o entendimento ressaltado acima, as únicas possibilidades de os fornecedores se livrarem da responsabilidade decorrente de fato

do produto ou do serviço.¹⁷ Seria, sim, uma segunda hipótese de inversão legal do *onus probandi*.¹⁸

Apesar de inteligente o raciocínio, o nexos causal entre o fato danoso e os danos efetivos não é presumido. Tal posicionamento, além de pautado numa interpretação exclusivamente literal, levaria a uma situação extrema: o nexos causal seria consequência obrigatória da Lei, sem possibilidade de prova em contrário. Ora, se o §3º do art. 12 nada especificou em relação ao nexos causal, seria igualmente correto afirmar que a demonstração de sua inexistência em nada auxiliaria o fornecedor, o que, *data venia*, é inadmissível.¹⁹

Com efeito, em princípio cabe ao consumidor (ou seus familiares, em caso de morte desse) o ônus de provar o nexos de causalidade entre o fato danoso (utilização do produto) e os danos por ele suportados. Especificamente com relação ao tema em análise, isso significa que a prova da enfermidade adquirida pelo tabagista (ou sua morte), bem como o vínculo entre ela e o *ato de fumar*, ou entre ela e a *exposição ao cigarro* (fato danoso), são de importância elementar, e pertencem ao(s) autor(es) da demanda.

Apesar de não se tratar de prova impossível, a dificuldade na demonstração do nexos de causalidade entre o *tabagismo* e *determinadas enfermidades* (ou morte), vem sendo um dos maiores embaraços encontrados pelos consumidores (ou familiares, em caso de morte destes) nos processos judiciais referentes ao tema em estudo.

¹⁷ Adotando tal posicionamento, Raimundo Gomes de Barros defende que: *todos os doutrinadores são acordes em que se trata de mera faculdade do juiz, excepcionando-se apenas a hipótese contemplada no art. 38 do Código de Defesa do Consumidor, pois que ali há uma situação em que a prova da veracidade e correção da informação publicitária é sempre de quem a patrocina. Única hipótese de inversão obrigatória do ônus da prova? Não. Embora os manuais jurisprudenciais e doutrinários disso não cuidem, o certo é que na responsabilidade pelo fato do produto e do serviço (arts. 12 e 14 do CDC) também está evidente uma hipótese de inversão obrigatória do ônus da prova em favor do consumidor. Tal se afirma porque o §3º, do artigo 12 é claríssimo quando impõe que o fornecedor só não será responsabilizado quando provar: que não colocou o produto no mercado; que o defeito inexistiu; que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro. De observar, pois, que o ônus da prova é obrigatoriamente do fornecedor, a quem cabe demonstrar a inexistência do nexos causal* (BARROS, Raimundo Gomes de. Relação de causalidade e o dever de indenizar. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 34, p. 137, 2000).

¹⁸ A primeira delas, conforme se verá adiante, ocorre em função do prescrito no art. 38 do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁹ Na verdade, as hipóteses enumeradas no §3º do art. 12 da Lei nº 8.078/90, correspondem às causas excludentes do nexos de causalidade. Tais causas, quando provadas, rompem com o nexos causal existente entre o fato e o dano, elidindo, assim, a responsabilidade dos fornecedores de indenizar.

Talvez um dos problemas responsáveis por essa dificuldade situe-se na própria variedade de teorias criadas para explicar a figura do nexos de causalidade. Tal circunstância provoca perceptíveis confusões interpretativas, donde, não raro, misturam-se, em julgados, bases teóricas de duas ou mais teorias, renunciando-se, assim, à precisão científica que deveria conduzir o intérprete.

Essa conclusão foi obtida por Gisela Sampaio da Cruz, em obra de peso, denominada *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. Lá, a jurista aponta a existência de, ao menos, oito teorias, a saber: teoria da equivalência dos antecedentes causais, teoria da causa próxima, teoria da causa eficiente, teoria da causa preponderante, teoria da causalidade adequada, teoria do escopo da norma jurídica violada, teoria da ação humana, teoria do dano causal direto e imediato, e causalidade e imputação objetiva. Depois de magistralmente apontar os contornos essenciais de cada uma dessas teorias, enfrenta tortuosa pesquisa jurisprudencial, conduzindo sua análise perante todos os tribunais do País para, finalmente, concluir pela predominância de uma visível confusão de teorias na jurisprudência nacional, de sorte que a verificação do nexos causal é feita de forma intuitiva e atécnica, ora sob a influência de uma escola, ora de outra.²⁰

Em voo raso, examinem-se as teorias, de uma forma ou de outra, mais invocadas para a solução de problemas envolvendo o nexos causal em demandas alicerçadas no instituto da responsabilidade civil. São três: a) teoria da equivalência dos antecedentes causais; b) teoria da causalidade adequada; e c) teoria do dano causal direto e imediato.

6.1 A teoria da equivalência dos antecedentes causais

Quanto à *teoria da equivalência dos antecedentes causais* — também denominada teoria da equivalência das condições, teoria objetiva de causalidade ou da *conditio sine qua non* —, sua autoria é atribuída ao penalista alemão *Maximiliano von Buri*, autor da obra *Über kausalität und derem verantwortung*. Sua origem remonta aos estudos de *John Stuart Mill*, especialmente de sua obra *A system of logic*, na qual afirmava que “todas as condições eram igualmente indispensáveis para a produção do

²⁰ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. São Paulo: Renovar, 2005. p. 122.

conseqüente e o estabelecimento da causa é incompleto se não introduzirmos, de uma ou outra forma, todas elas”.²¹

Ela não distingue entre *causas* e *condições*.²² Todo antecedente para a realização do evento é imprescindível a sua verificação, sendo dele causa, por ser *conditio sine qua non* do resultado. De sorte a reconhecer se uma condição é causa do resultado, o processo utilizado é o da eliminação hipotética (*von Thyrén*), segundo o qual a mente humana julga que um fenômeno é condição de outro toda vez que, ao suprimi-lo mentalmente, torna-se impossível conceber o segundo fenômeno.²³ Nas palavras de Gisela Sampaio da Cruz, “todo efeito tem uma multiplicidade de condições causais e cada uma delas é necessária para a produção do resultado”.²⁴

Mas a ideia de que *um fenômeno é condição de outro, quando o primeiro não puder ser suprimido mentalmente, sem que o resultado desapareça em sua forma particular*,²⁵ se utilizada como fórmula para remediar situações concretas, alicerçadas no instituto da responsabilidade civil, acaba por gerar situações estranhíssimas e injustas, sobretudo em razão de sua amplitude. E essa amplitude advém, principalmente, em função de a teoria da equivalência dos antecedentes causais dar especial relevância a todas as possíveis condições que deram origem ao evento danoso, não possuindo qualquer relevância o fato de essa relação de *causa e efeito* vincular-se apenas às ciências naturais (causalidade natural), e não propriamente ao Direito, como fundamento jurídico suficiente para a imputação de conseqüências jurídicas.

De tal sorte, seria crível responsabilizar-se civilmente fabricantes de automóveis de uma determinada marca, apenas porque um dos proprietários dos veículos por ela produzidos acidentou-se, seja em que circunstância for. A fabricante de automóveis seria responsável civilmente simplesmente porque fabricou e

²¹ CRUZ, 2005, p. 36.

²² Fernando Noronha aponta a diferença entre condições e causas: “Condições, assim, são todos os fatores que estão na origem de um dano, são todos os elementos sem os quais ele não teria sido produzido, são todas as circunstâncias de que não se pode abstrair, sem mudar o resultado danoso. Causas do dano são apenas aquelas condições consideradas efetivamente determinantes desse resultado” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 588).

²³ SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *Causalidade e direito penal*. Disponível em: <<http://www.luta.pelajustica.nom.br/Textos/Artigo13.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2005.

²⁴ CRUZ, 2005, p. 37.

²⁵ CRUZ, 2005, p. 39.

comercializou o veículo à vítima, contribuindo para o sinistro; afinal, se o veículo não existisse, tal sinistro também não teria se concretizado. Igualmente, se o marido agride sua esposa, esta poderia responsabilizar civilmente uma instituição financeira qualquer, isso se a desavença desencadeada tiver por origem dívidas onerosas lá mantidas pelo casal. De igual maneira, o pai seria responsável civilmente pela morte de um filho, envolvido em um sinistro qualquer, simplesmente porque teve participação imprescindível na concepção da criança.

6.2 A teoria da causalidade adequada

Das reiteradas tentativas de evitar os exageros da teoria da equivalência dos antecedentes causais, derivou-se a distinção entre as diversas concausas, para não mais se reconhecer como causa toda *conditio sine qua non* do dano, senão apenas uma determinada, a ser individualizada conforme o critério particular que se adote.²⁶

A *teoria da causalidade adequada* nasceu justamente com o escopo de limitar a causalidade natural, mediante a utilização de princípios juridicamente aceitáveis. Tal teoria foi formulada em 1871, também na Alemanha, por *Ludwig von Bar*, e mais detidamente desenvolvida pelo fisiólogo alemão *Johannes von Kries*, por volta de 1888.

Considera-se causa a condição idônea, tipicamente adequada à determinação do fenômeno, de sorte que se estabelece verdadeiramente uma especialização dos antecedentes causais, não mais se incluindo na cadeia causal condições demasiado remotas e naturais. Algumas condições são objetivamente adequadas a produzir resultados juridicamente proibidos e tendem a produzi-los, segundo “a experiência da vida”.²⁷

Isso significa dizer — parafraseando Gisela Sampaio da Cruz — “que a ação tem que ser idônea para produzir o resultado”, e, para que se verifique a adequação da causa, necessário é a realização de um juízo retrospectivo de probabilidade que, no âmbito doutrinário, é denominado “prognose póstuma”, cuja fórmula resume-se na seguinte indagação: *a ação ou omissão que se julga era, per se, apta ou adequada para produzir normalmente essa consequência?*²⁸

²⁶ CRUZ, 2005, p. 52.

²⁷ SILVA, Danielle, *op. cit.*, 2005.

²⁸ CRUZ, 2005, p. 64.

Assim, havendo multiplicidade de concausas, bastaria, em tese, indagar-se qual delas poderia ser considerada apta a causar o resultado; afinal, para essa teoria, quanto maior a probabilidade com que determinada causa se apresente para gerar um dano, tanto mais adequada será em relação a esse dano. Respondida essa pergunta, outro questionamento necessariamente deveria ser solucionado, isso para saber se essa causa, capaz de causar o dano, é também hábil segundo as leis naturais. Em síntese, não basta que um fato seja condição de um evento, sendo absolutamente necessário que se trate de uma condição tal que, normal ou regularmente, provoque o mesmo resultado — é o chamado *juízo de probabilidade*, realizado em abstrato, cujo objetivo é responder se a ação ou omissão do sujeito era, por si só, capaz de provocar normalmente o dano.²⁹

Consoante leciona Gisela Sampaio da Cruz, “ao contrário da teoria da equivalência dos antecedentes causais, na teoria da causalidade adequada a ‘causa’ deve ser estabelecida em abstrato, segundo a ordem natural das coisas e a experiência da vida, e não em concreto, a considerar os fatos tal como se deram, já que, em tais circunstâncias, as condições são mesmo equivalentes”.³⁰

6.3 A teoria do dano causal direto e imediato

Finalmente, é importante apontar alguns traços da *teoria do dano causal direto e imediato*.

A essência dessa teoria encontra-se no sentido e alcance da expressão “direto e imediato”, aliás, prevista no art. 1.060 do CC de 1916, e repetida no art. 403 do CC de 2002. Dentre as várias teorias e subteorias que tentaram explicar o significado da expressão “direto e imediato”, desponta a da *necessariedade da causa*, criada por

²⁹ CRUZ, 2005, p. 65.

³⁰ CRUZ, 2005, p. 67. A jurista aponta, ainda, que, conquanto esta “teoria tenha o mérito de estabelecer uma limitação à infinita série dos antecedentes causais, é criticada por ser muito filosófica, o que dificulta sua aplicação prática. O conceito de causa adequada é algo fluídico e que admite distinções várias, de acordo com esse ou aquele autor. Decerto, se, por um lado, a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais não dá margem para que o juiz aprecie bem os fatos; por outro, a Teoria da Causalidade Adequada depende muito do arbítrio do julgador para ser aplicada em concreto. Mas o fato é que quase todas as teorias dependem, por assim dizer, de um certo arbítrio do magistrado. Seja como for, apesar das críticas, a Teoria da Causalidade Adequada tem prevalecido em vários ordenamentos e é, também, uma das teorias mais invocadas no Brasil, onde doutrina e jurisprudência se dividem entre essa e a Teoria do Dano Direto e Imediato” [...] (*Ibid.*, p. 82-85).

Dumoulin e Pothier, contando com o apoio de *Colin et Capitant, Huc, Giorgi, Polacco, Chironi e Gabba*. Esclareça-se: a escola da necessariedade afirma que o dever de reparação advém apenas quando o evento danoso revela-se como um efeito necessário de determinada causa.³¹

Para a subteoria da necessariedade, a expressão “direto e imediato” sempre deverá ser interpretada conjuntamente com o significado de “necessário”. Assim, ainda que a inexecução resulte de dolo do agente, este apenas responderá pelos danos que efetivamente se mostrarem como sendo consequência necessária do inadimplemento, mas não pelos originados de outras consequências não necessárias, de mera ocasião.³²

Nesse rumo, a lição de Agostinho Alvim:

A expressão direto e imediato significa o nexos causal necessário. Esta é a interpretação do criador desta teoria (Dumoulin), do seu apologista e divulgador (Pothier), dos expositores do Código de Napoleão (o primeiro diploma que a acolheu) e de Códigos posteriores, alguns dos quais adotaram a expressão necessário ou necessariamente, para substituir a locução direto e imediato.³³

Com efeito, embora possam ser vários os fatores que contribuíram para a produção do dano, nem por isso todos eles podem ser denominados *causas*, mas, tão somente, aqueles que forem capazes de ligarem-se ao dano, numa relação de necessariedade, a romper o equilíbrio existente entre as outras condições. Ademais, nem sempre a causa direta e imediata será aquela mais próxima do dano, senão a que necessariamente o ensejou. É condição necessária aquela que, se acaso ausente, o dano não teria se concretizado.

É de se salientar — novamente alicerçado em Gisela Sampaio da Cruz —, a causa necessária não precisa ser aquela que “sozinha” era idônea para produzir o resultado danoso, por não existir outra que explique o mesmo fenômeno com exclusividade. Importante é ter a convicção de que a causa que produz o dano é realmente necessária, independentemente das condições que cercam o evento danoso, sendo evidente que duas causas necessárias podem, efetivamente, concorrer para a produção do dano (fenômeno da concorrência de causas). E isso tanto em se tratando

³¹ *Ibid.*, p. 100.

³² CRUZ, 2005, p. 100-101.

³³ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 384.

de causas necessárias concorrentes,³⁴ como também de causas necessárias complementares³⁵ — afinal, em se descaracterizando a fórmula da necessidade em situações que envolvem causas complementares, certamente que haveria uma restrição exacerbada do dever de reparação do prejuízo.³⁶

6.4 Teorias sobre o nexos causal e sua aplicação no tema sob análise

No que se refere, especificamente, à demonstração de causa e efeito entre a enfermidade (ou morte) e o consumo de cigarros (ou exposição a sua fumaça tóxica), as indústrias do tabaco têm argumentado tratar-se de prova impossível. Valem-se de tal discurso notadamente naquelas situações em que a *inversão do ônus probatório* é objeto de requerimento; advogam a tese de que, inverter o encargo probatório em tais casos, seria fadá-la ao insucesso, uma vez que essa prova seria diabólica.³⁷

Ocorre, *data venia*, que não se trata de prova diabólica, mas, sim, de questão eminentemente de ordem técnica. Ademais, mesmo admitindo que, em alguns casos, não se possa aferir, com *absoluta* certeza, que o cigarro foi o causador, ou teve participação preponderante no desenvolvimento da enfermidade ou na morte de um consumidor, é perfeitamente possível chegar-se, mediante a análise de todo o conjunto probatório, a um *juízo de presunção*³⁸ sobre a responsabilidade que o tabagismo (ou exposição ao cigarro) teve num determinado acidente de consumo.

³⁴ Verifica-se a configuração de causas concorrentes (ou cumulativas) quando uma das causas teria, isoladamente, produzido o resultado.

³⁵ Verifica-se a configuração de causas complementares naqueles casos em que, duas ou mais causas, concorrem para a produção do evento danoso, evento este que só se verificou pela pluralidade de causas. São também denominadas de *concausas*.

³⁶ CRUZ, 2005, p. 109-110.

³⁷ Prova diabólica seria aquela relacionada a fatos indefinidos e indeterminados que, conseqüentemente, não poderão ser demonstrados. No entanto, conforme esclarece Humberto Theodoro Júnior “sempre que for possível transformar a proposição negativa em uma afirmativa contrária ter-se-á superado a dificuldade da prova negativa. Demonstra-se, então, o fato positivo do qual se extrai a verdade do fato negativo” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 135).

³⁸ As presunções simples, conforme esclarece Francisco Augusto das Neves e Castro, são aquelas que o julgador deduz de um fato conhecido, para firmar um desconhecido, ou que se acham estabelecidas na lei. A nossa legislação concede ao juiz um maior arbítrio, dando-lhe a faculdade de contentar-se com um número tal de presunções, e de tal força, que possa tranquilizar sua consciência. Muitas vezes, uma só presunção pode valer mais que outras muitas reunidas; deve-se, porém, escolher as graves, precisas e concordantes (CASTRO,

Vale lembrar, antes de tudo, que o direito civil brasileiro acolheu a *teoria do dano causal direto e imediato*, não obstante a constatação de que a jurisprudência vacila a tal respeito. Consoante visto linhas atrás, apenas será(ão) considerada(s) causa(s) do evento danoso aquela(s) capaz(es) de se ligar(em) a ele *numa relação de necessidade*, mesmo que não seja(m) essa(s) causa(s) a(s) mais próxima(s) do dano, ou a(s) única(s) que o ensejou.

Certamente, nem sempre será tarefa fácil demonstrar que o tabagismo (ou a exposição à fumaça tóxica) é, efetivamente, a *causa necessária* à qual se pode imputar o evento danoso (enfermidade ou morte). E este estorvo reside essencialmente no fato de que muitas das enfermidades associadas ao tabagismo apresentam mais de um fator de risco, a exemplo da doença coronariana — adiante se constatará que a multiplicidade de etiologias de uma enfermidade nem sempre será justificativa plausível para elidir a responsabilidade das indústrias do fumo.³⁹

A teoria do dano direto e imediato não se apresenta como um obstáculo à demonstração do nexo causal entre o consumo de cigarros (ou exposição a eles) e as moléstias (ou mortes) que assaltaram a saúde do consumidor. Inarredavelmente, uma perícia bem trabalhada, aliada às demais provas e elementos contidos nos autos, permitirão ao julgador, se não a conclusão evidente acerca do vínculo causal entre a enfermidade (ou morte) e o tabagismo, ao menos alcançar um forte *juízo de presunção*, suficientemente capaz de permitir-lhe decidir em prol da pretensão do fumante (ou de seus familiares). É perfeitamente plausível ao magistrado, através de uma análise de todo o conjunto probatório constante dos autos, determinar, mediante tal *juízo de presunção*, qual a causa necessária, ou decisivamente responsável (mesmo que concorrente ou complementar), pelo desenvolvimento de uma enfermidade no consumidor (ou de sua morte).

Advirta-se: nada há nada de errado em permitir ao juiz decidir por meio de um critério pautado em presunções, sobretudo diante de casos complexos envolvendo

Francisco Augusto das Neves e. *Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis*. Campinas: Servanda, 2000).

³⁹ Há três fatores de risco previsíveis para esta moléstia: tabagismo, hipertensão arterial (pressão alta) e colesterol alterado (elevação do colesterol-LDL e redução do colesterol-HDL). O tabagismo, isolado, dobra a possibilidade de doença cardíaca. Quando associado à alteração do colesterol ou à hipertensão, multiplica esse risco por quatro. O risco torna-se oito vezes maior quando os três fatores estão juntos. Além disso, o cigarro, por si só, por meio da nicotina, aumenta a pressão arterial e leva a um maior depósito de colesterol nos vasos sanguíneos.

pluralidade de causas e condições, em que a relação envolvida é eminentemente de consumo. Obviamente que o bom senso e razoabilidade irão servir de farol ao juiz. Todavia, deve o intérprete estar atento ao *princípio constitucional da defesa do consumidor* (art. 5º, XXXII, CF/88) e aos princípios da *facilitação da defesa dos direitos do consumidor* (art. 6º, VIII, Lei nº 8.078/90) e da *efetiva reparação de danos suportados pelo consumidor* (art. 6º, VI, Lei nº 8.078/90), todos importantes pilares que alicerçam a Lei consumerista.

Não seria crível aceitar a cômoda posição jurisprudencial, apegada, exclusivamente, numa prova pericial que indicasse não ser possível afirmar-se, de maneira concreta e absoluta, se, efetivamente, foi o tabagismo o responsável pela doença (ou morte) que agrediu o consumidor, tendo-se em vista a presença de outros fatores de risco capazes de favorecer o desenvolvimento da tal doença. O fato de doenças tabaco-relacionadas terem outras etiologias plenamente hábeis de concorrerem para o dano não tem por consequência, necessariamente, a prolação de uma sentença de improcedência. Em tais casos, ao magistrado, imbuído da ideia de que a *defesa do consumidor* é um direito fundamental, não bastará firmar sua convicção com base numa prova pericial inconcludente, devendo, se necessário, diligenciar, mesmo que de ofício, a produção de outras provas, para garantir que seu convencimento se forme de maneira firme, satisfatória e racional.

É louvável, por exemplo, que médicos, especialistas na área de conhecimento referente à enfermidade que atingiu o fumante, sejam arrolados como testemunhas, ampliando-se, assim, as informações que orientarão a formação do convencimento do juiz.

Outra ferramenta importante a serviço do juiz é a *doutrina médica*. É ela capaz de orientar a sua decisão, em conformidade com as especificidades de cada enfermidade. Aliás, é importante frisar: algumas enfermidades têm como principal fator de risco o tabagismo, o que facilitará, sobremaneira, a conclusão do magistrado — daí já se verifica a importância de se examinar a doutrina médica. Já se constatou, por exemplo, que 90% dos cânceres de pulmão são causados pelo tabagismo.⁴⁰ A tromboangeíte obliterante é uma outra doença que, segundo a literatura médica, manifesta-se apenas em fumantes, de modo que se pode concluir ser o tabagismo

⁴⁰ SILVA, Vera Luiza da Costa e *et al.* *Falando sobre tabagismo*. 3. ed. [S.l.]: Instituto Nacional do Câncer, 1998. p. 19.

causa necessária ao seu desenvolvimento.⁴¹ Em casos tais, em razão das constatações científicas, não é audaz a afirmação de que ao consumidor é conferida verdadeira presunção do liame causal entre o uso do cigarro (ou exposição à sua fumaça) e a enfermidade que o atingiu. *Haveria, aí, inversão do ônus probatório acarretada pela própria experiência da vida, comprovada por estudos e dados científicos de origem inquestionável.*

Em verdade, a atividade do magistrado encontra-se traçada pelos princípios alhures citados; isso apenas evidencia o imperativo de o juiz arraigar esforços significativos para tentar cumprir os ideais impostos pela Carta Magna e pelo CDC. Deve intentar obter fundamentos que abalizem uma possível decisão de procedência, sempre pautado nos critérios do bom senso e da razoabilidade, mas intencionado a seguir o caminho traçado pelos princípios anteriormente aludidos, pois, somente assim, conseguirá obter o equilíbrio da relação processual, naturalmente desequilibrada pela concentração técnica e econômica apenas num dos polos do processo. Não se trata de tornar inoperante a atuação do fornecedor em juízo, mas, sim, de permitir ao consumidor uma desenvoltura judicial apta a lhe propiciar boas chances de êxito na sua pretensão, escopo que outrora, antes da publicação do CDC, mostrava-se bastante penoso.

Ressalte-se o que já se afirmou alhures: a causa necessária não precisa ser aquela que isoladamente era idônea para produzir o resultado danoso. A causa não há, sempre, de ser exclusiva. Nada há, pois, que impeça o juiz de proferir um julgamento de procedência, se concluir que, além do tabagismo, outras causas concorreram para o dano. *Essencial, realmente, é que a causa seja necessária à produção do dano,*

⁴¹ Veja-se lição colhida no Manual Merck: “A doença de Buerger (tromboangeíte obliterante) é a obstrução de artérias e veias de pequeno e médio calibre, por uma inflamação causada pelo tabagismo. Esta doença afeta predominantemente os indivíduos do sexo masculino, tabagistas e com idade entre 20 e 40 anos. Apenas 5% dos indivíduos afetados são do sexo feminino. Embora não se conheça exatamente a causa dessa doença, apenas os tabagistas são afetados e a persistência no vício agrava o quadro. O fato de apenas um pequeno número de tabagistas apresentar a doença de Buerger sugere que algumas pessoas são mais suscetíveis. No entanto, não se sabe a razão pela qual nem como o tabagismo causa esse problema” (Disponível em: <<http://www.msd-brazil.com>>. Acesso em: 1º dez. 2005). É de se apontar que esta doutrina médica foi utilizada pela Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como um dos fundamentos que alicerçaram a condução de seu voto na Apelação Civil n. 70012335311, julgamento este que acabou por condenar a empresa Souza Cruz S.A. ao pagamento de indenização a um ex-tabagista portador da enfermidade tromboangeíte obliterante (Acórdão disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 1º dez. 2005).

independientemente das demais condições que o cercam, de sorte que duas ou mais causas podem efetivamente contribuir para o desencadeamento do resultado danoso, seja de maneira complementar ou concorrente.

Ademais, essa técnica interpretativa, em certa medida inclinada à obtenção de um resultado jurisdicional favorável ao consumidor, mostra-se conveniente, não só por se estar trabalhando em terreno próprio às relações de consumo, senão pelo fato de que o próprio labor jurisprudencial e doutrinário já concluiu que a questão vinculada ao nexos causal é insolúvel à base teórica, e que ninguém, sejam juristas nacionais ou alienígenas, jamais conseguiu esboçar uma teoria, em termos juridicamente satisfatórios, aplicável a todos os casos concretos, capaz de explicar o problema do nexos causal. Sobre a difícil questão de até onde chega o nexos causal, já lecionava Enneccerus que não se pode resolver “nunca de una manera plenamente satisfactoria mediante reglas abstractas, sino que en los casos de duda ha de resolverse por el juez según su libre convicción, ponderando todas las circunstancias”.⁴²

7 A manutenção da presunção do(s) defeito(s)

Em se tratando de relação de consumo, a responsabilidade civil terá por pressuposto não a culpa do fornecedor, senão o descumprimento de um *dever jurídico primário de segurança*. E o descumprimento desse dever jurídico de segurança não diz respeito à licitude ou à ilicitude da atividade exercida pelo fornecedor, mas, sim, à presença de imperfeições (vício/defeito) nos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo.

Não é novidade que o CDC adotou o regime da responsabilidade objetiva, *atribuindo ao fornecedor o ônus de demonstrar a inexistência do(s) defeito(s)*, caso queira eximir-se do encargo de indenizar. Deveras, o legislador, em sede de relações de consumo, filiou-se, como não poderia deixar de ser, à ideia de que os fornecedores devem assumir o *risco de sua atividade* (teoria do risco do empreendimento).

Interessante notar que o legislador, ao impor que caberá ao fornecedor, para eximir-se da responsabilidade indenizatória, demonstrar que o defeito inexistente, expressamente inverteu o ônus probatório, favorecendo a atuação do consumidor em juízo. Trata-se de *uma inversão legal do ônus da prova*.

⁴² ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin. *Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones*. 2. ed. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1954. t. II, p. 67. (Tradução de Blas Pérez Gonzalez e José Alguer da 35. ed. Alemã).

De tal sorte, ao consumidor caberá simplesmente *arguir* sobre a existência de defeito no produto (ou serviço); o fornecedor, por outro lado, sempre buscará *demonstrar* a ausência de tal defeito. O insucesso do fornecedor em provar que o defeito inexistente poderá carrear-lhe uma condenação, isso se, efetivamente, também não lograr êxito em demonstrar as outras excludentes de responsabilidade, e o consumidor, por sua vez, obtiver sucesso na prova dos fatos que efetivamente lhe couber.

Portanto, para o consumidor, a situação em juízo é mais cômoda, pois não precisará se preocupar em comprovar as imperfeições do produto ou serviço responsáveis pelo evento danoso. Sequer necessitará apontar especificamente essa imperfeição, bastando suscitá-la de modo genérico.

Especificamente com relação ao tema em estudo, deverá o consumidor apenas indicar, afirmar a presença de imperfeições (vícios/defeitos) nos cigarros consumidos. À indústria do tabaco responsável pela fabricação da marca consumida caberá a tentativa de provar a insubsistência de tais imperfeições. Esclareça-se, contudo, que, no mais das vezes, não haverá, em ações indenizatórias alicerçadas na responsabilidade pelo fato do produto, provas a serem produzidas por parte da indústria de fumo, visando ao desabono dos argumentos do fumante. O ofício do magistrado, quase sempre e a esse respeito especificamente, se limitará à análise de alegações das partes e de doutrinas científicas; tratar-se-á de questões de direito verdadeiramente, não de questões de fato.

Soaria estranha, por exemplo, a tentativa, empreendida por parte de uma empresa tabaqueira qualquer, de demonstrar que a nicotina não é um produto psicotrópico, com alta capacidade viciante. E isso porque, atualmente, é notória a compreensão científica das características dessa substância, especialmente sobre o meio através do qual ela age no organismo humano; estudos diversos, cuja seriedade é inquestionável, já evidenciaram o poder que possui de tornar o consumidor um escravo do cigarro. Aliás, o próprio Ministério da Saúde, e algumas fabricantes, admitem essa realidade, afirmando que a nicotina é, sim, uma droga. Diante disso, por ser notório esse fato, ele independe de prova (art. 334, I, do CPC).

Assim, ao magistrado seria aconselhável indeferir pretensões probatórias direcionadas a comprovar que a nicotina não é uma droga, sustentando-se, justamente, no argumento de que esse fato é notório. Com isso, ganharia o processo em

celeridade, economia processual e efetividade. A atividade cognitiva se basearia nas argumentações das partes — e na ideia de que a nicotina, efetivamente, é um psicotrópico —, cada qual tencionando fazer prevalecer seus interesses, cabendo ao juiz a conclusão sobre a presença, ou não, de um defeito de concepção no cigarro.

Já quanto àquela imperfeição do cigarro relacionada à informação, é certo que a matéria comporta alguma margem probatória. Poderá a indústria do tabaco, por exemplo, intentar demonstrar que o fumante, ao principiar a fumar, detinha todo o conhecimento necessário acerca dos malefícios que o produto poderia acarretar-lhe, conhecendo, inclusive, a capacidade psicotrópica da nicotina. Em caso de êxito, a indústria demonstraria que a enfermidade (ou morte) do fumante deu-se exclusivamente *por fato da própria vítima*, essa que assumiu conscientemente o risco de consumir produtos fumígenos. De qualquer modo, a formação do juízo do magistrado dependerá, também com relação à existência de uma imperfeição jurídica no cigarro relacionada à informação, de uma cognição amplamente voltada aos argumentos técnicos das partes, mormente por se tratar de questão de alta complexidade.

8 Há necessidade de se provar o nexo entre a(s) imperfeição(ões) do cigarro e a enfermidade acarretada ao fumante?

Não raro, observa-se certa confusão doutrinária quanto à prova do nexo causal em ações indenizatórias envolvendo acidentes de consumo. Em alguns momentos, se aponta a necessidade de se demonstrar o liame causal entre o *defeito* do produto (ou serviço) e o resultado danoso; noutros, doutrinadores indicam a necessidade de se provar o liame causal entre a *utilização* do produto (ou serviço) e o resultado danoso.

O *defeito* corresponde à ideia de resultado ou consequência, sempre proveniente de um *vício*. Equivale à ideia de acidente de consumo; ocorre sempre que o consumidor for lesado em sua incolumidade física, psíquica e/ou, conforme o caso, patrimonial. Noutras palavras, encontra-se embutido no conceito de *defeito* o *vínculo de causa e efeito* entre um *vício* e os *danos suportados pela vítima*. Por tal razão, os *defeitos* carregam consigo uma bagagem extra, sendo “capazes de causar danos à saúde ou segurança do consumidor”.⁴³

⁴³ MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 110.

Deveras, o *defeito* traz em si a ideia de *resultado gravoso*, sempre proveniente de um *vício*, mas com consequências mais avassaladoras, por não se limitar à própria inadequação de uso do produto ou serviço. Daí porque, sempre que o consumidor for lesado em sua incolumidade física, psíquica e/ou em sua esfera patrimonial, danos esses não jungidos apenas à mera inutilidade ou inadequação de produtos e serviços, o fato gerador responsável pelo ocorrido será sempre um defeito.

Nesse rumo, o fornecedor interessado em se exonerar da responsabilidade de indenizar deverá demonstrar a inexistência de defeitos no produto que fabrica. Isso implica dizer que caberá também a ele eventual demonstração de que, mesmo existindo vícios no produto, os danos ocorreram por causa alheia a eles, seja por fato exclusivo da vítima ou de terceiro, seja em decorrência de força maior.

Justamente pela hipossuficiência técnica, que caracteriza a grande maioria de consumidores, não seria crível impingir a eles o ônus de demonstrarem, especificamente, qual a imperfeição que atinge aquele produto (ou serviço), bem assim de provarem o próprio nexos causal entre essa mesma imperfeição e o resultado danoso.

Repita-se: ao consumidor caberá apenas *afirmar* a existência do defeito — ou seja, em prol do consumidor vigem as presunções de que o produto (ou serviço) é imperfeito e, em função de tal imperfeição, danos atingiram sua incolumidade material e/ou moral. O fornecedor, buscando exonerar-se da responsabilidade indenizatória, intentará evidenciar que tal defeito é imaginário, falso.

9 A inversão do ônus da prova

O CDC possibilitou a quebra da regra do art. 333, I, do CPC. Embora a inversão do ônus da prova não seja nenhuma novidade, pois já era prevista no próprio CPC (art. 331, parágrafo único), a Lei nº 8.078/90 a incluiu no rol dos direitos básicos do consumidor, mais especificamente, no inciso VIII do art. 6º do citado Diploma Legal.

Vale dizer que a regra da inversão do *onus probandi* não é compulsória,⁴⁴ ou seja, não é porque uma pessoa figura como consumidora em determinada relação que ela, conseqüentemente, deverá ter por invertido seu ônus probatório.

⁴⁴ Como dito, a inversão do ônus probatório não é compulsória, mas sim *quase compulsória*. É impossível analisar o critério da hipossuficiência somente pelo aspecto *econômico*. Deve-se analisá-la, principalmente, sob o aspecto *técnico*. E, não é presunçoso afirmar, a

O próprio legislador estabeleceu critérios para sua admissão. Isto é, apenas será lícito ao juiz manejar a inversão do ônus da prova, se fundado no critério da verossimilhança das alegações, ou no da hipossuficiência do consumidor, sob pena de configurar-se ato abusivo, com quebra do devido processo legal.⁴⁵

Diante disso, a inversão do ônus probatório subordina-se aos pressupostos inseridos na Lei, e sua adoção somente pode ocorrer mediante decisão interlocutória fundamentada, em que o magistrado assente sua deliberação.⁴⁶

O insigne jurista, Humberto Theodoro Júnior, esclarece que a “verossimilhança é juízo de probabilidade extraída de material probatório de feitiço indiciário, do qual se consegue formar a opinião de ser provavelmente verdadeira a versão do consumidor”. Diz o CDC que esse juízo de verossimilhança haverá de ser feito “segundo as regras ordinárias da experiência (art. 6º, VIII). Deve o raciocínio, portanto, partir de dados concretos que, como indícios, autorizem ser muito provável a veracidade da versão do consumidor. Quanto à hipossuficiência, trata-se de impotência do consumidor, seja de origem econômica, seja de outra natureza, para apurar e demonstrar a causa do dano cuja responsabilidade é imputada ao fornecedor. Pressupõe uma situação em que concretamente se estabeleça uma dificuldade muito grande para o consumidor de desincumbir-se de seu natural *onus probandi*, estando o fornecedor em melhores condições para dilucidar o evento danoso”.⁴⁷

Vislumbra-se, no presente estudo, a possibilidade de inversão do *onus probandi*, em duas situações específicas: a) na demonstração da enfermidade manifestada no consumidor (dano); b) na prova de que esta enfermidade (ou morte) relaciona-se ao tabagismo (nexo causal).

maioria esmagadora de consumidores, seja de que produto ou serviço for, é tecnicamente hipossuficiente. Conforme leciona o mestre Luiz Antonio Rizzatto Nunes, “o consumidor não participa do ciclo de produção, e na medida em que não participa, não tem acesso aos meios de produção, não tendo, portanto, como controlar aquilo que ele compra de produtos e serviços; não tem como fazê-lo, daí precisar de proteção” (NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Aplicação do CDC nos contratos de leasing. *Revista Meio Jurídico*, n. 46, p. 18-26, 2001).

⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 134.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 135.

⁴⁷ *Ibid.*, 2000.

Entendendo o juiz, no caso concreto, estar presente um dos pressupostos transcritos na Lei (verossimilhança ou hipossuficiência), deverá, obrigatoriamente, e mediante fundamentação clara e expressa, inverter o ônus da prova, isso sempre no saneador, em respeito ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Diante da ocorrência da inversão do *onus probandi*, a fabricante de cigarros deverá, pois: a) comprovar inexistir a enfermidade adquirida e alegada pelo consumidor na demanda; e b) provar que não foi o consumo de cigarros o responsável pela enfermidade (ou morte) do tabagista.

10 A publicidade enganosa e abusiva e a sua prova

Nesse ponto, não há que se falar em inversão do ônus da prova. A Lei, expressamente, declara que o *onus probandi* respeitante à demonstração da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina. Como assevera o professor Luiz Antônio Rizzatto Nunes, em qualquer “disputa na qual se ponha em dúvida ou se alegue enganabilidade ou abusividade do anúncio, caberá ao anunciante o ônus de provar o inverso, sob pena de dar validade ao outro argumento”.⁴⁸

Em trabalho anterior,⁴⁹ defendeu-se o entendimento segundo o qual caberia aos autores-consumidores a indicação precisa de quais peças publicitárias considerariam como enganosas ou abusivas. Naquela oportunidade acreditou-se que, quando as arguições permanecem no plano das afirmações genéricas, isso implicaria uma desvantagem processual manifesta ao adversário, impedindo-o de fazer prova que lhe favorecesse. O aprofundamento do estudo demonstrou o equívoco dessa tese.

Em verdade, a ideia de se sujeitar o consumidor à precisa indicação de quais peças publicitárias foram as responsáveis por incentivá-lo à prática do tabagismo, é entendimento ilegítimo, notadamente porque, também nessa seara, o fumante possui uma vulnerabilidade qualificada — é hipossuficiente e não será capaz de levar aos autos um tal rol de peças publicitárias que o influenciaram.

Não haveria como o fumante (ou seus familiares, em caso de morte) apontar, uma a uma, as ofertas publicitárias responsáveis, ou coadjuvantes, pelo seu vício. E

⁴⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 475.

⁴⁹ A referência diz respeito à nossa obra *Responsabilidade civil e tabagismo no Código de Defesa do Consumidor*, escrito e publicado pela Editora Del Rey, no ano de 2002.

isso, sobretudo, porque a estratégia adotada pelas indústrias do fumo é de alta complexidade e refinamento. Não se trata apenas de inúmeras *publicidades diretas*, ofertadas insistentemente ao consumidor no curso do seu dia a dia, décadas atrás. As indústrias do fumo, não só no Brasil, como na maioria dos países em que os seus produtos encontram-se disponíveis no mercado, é responsável exclusiva pela criação de uma atmosfera artificial de sedução, dúvidas e ceticismo acerca da natureza do cigarro e dos riscos à saúde advindos de seu consumo. Essa deslealdade visível na relação de consumo foi capitaneada, não só pela divulgação de publicidade insidiosa e ilegítima, mas também: a) pela omissão intencional de informações necessárias ao esclarecimento da sociedade acerca dos possíveis malefícios gerados pela prática do tabagismo e da própria natureza do cigarro; b) utilização do cinema para divulgação de seus produtos, por meio da técnica do *merchandising*; c) contratação de atletas, também visando à divulgação de seus produtos; d) contratação de empresas de relações públicas e especialistas diversos para se contraporem à ideia de que o cigarro é um produto danoso à saúde; e e) estratégias direcionadas ao aliciamento de crianças e adolescentes.⁵⁰

Repita-se: não se trata apenas de várias publicidades insidiosas ofertadas insistentemente com a intenção de seduzir o consumidor. O complexo estratagema adotado pelas indústrias do fumo possui vários flancos, todos voltados ao estabelecimento de uma aura artificial e sedutora em torno do cigarro, cuja *matéria-prima* mestra é a mentira, o desrespeito à lealdade negocial e o desprezo à própria vida do consumidor, seu patrimônio mais valioso.

Portanto, não haveria sentido em imputar ao consumidor a demonstração dessa estratégia de *marketing*, pois ela já se mostra evidente, mormente depois do surgimento e publicação dos documentos secretos das indústrias do fumo. *À indústria envolvida na demanda, caberá apenas a tentativa de demonstrar sua possível não participação nesse engodo publicitário, responsável pela fraude da saúde pública mundial.*

11 Conclusões

Como síntese, grifem-se os seguintes pontos trabalhados no presente artigo:

⁵⁰ Mais esclarecimento acerca deste aspecto do tema podem ser obtidos na obra *Responsabilidade civil e tabagismo*, publicada pela Editora Juruá, no ano de 2008, cuja autoria coube a Lúcio Delfino.

- a) deve-se pensar a *prova* e o *mecanismo de distribuição do ônus probatório*, nas ações indenizatórias envolvendo fumantes e as empresas de tabaco, num contexto relacionado às *relações de consumo*, notadamente tendo-se por foco a responsabilidade civil pelo fato do produto;
- b) o *ato ilícito*, motivador da responsabilidade civil das indústrias do fumo, reside nas imperfeições, intrínsecas e extrínsecas, do cigarro. Esses *vícios* evidenciam o descumprimento, por parte delas, de um *dever jurídico de segurança* que lhes cumpre respeitar. Portanto, pouco importa o fato de a atividade por elas empreendida ser lícita;
- c) sumariamente, os requisitos que ensejam a responsabilidade civil das indústrias do fumo, sob um enfoque exclusivamente voltado à Lei nº 8.078/90, são: i) a prova de que o autor (ou o falecido, em sendo a família deste quem ajuizou a ação) consome/consumia cigarros fabricados pela indústria do fumo, ré na ação; ii) a prova dos *danos* (morte, enfermidades diversas, despesas, danos morais, etc.); iii) a prova do *nexo de causalidade* entre o consumo de cigarros e a(s) enfermidade(s) (ou morte do consumidor); e iv) a manutenção da presunção do(s) *defeito(s)* (presunção esta que milita em favor do consumidor). Pertence ao(s) autor(es) o ônus de provar os requisitos *i*, *ii* e *iii* acima delimitados, excetuando-se a hipótese de o juiz deferir a inversão do ônus probatório. O consumidor, em função de peculiaridade própria da Lei nº 8.078/90, encontra-se dispensado de demonstrar a existência de *defeito(s)* — item *iv* — no produto disponibilizado no mercado, *obrando em seu favor a presunção de que ele efetivamente concretizou-se*;
- d) em razão do *princípio da solidariedade*, nos casos em que tabagistas consumiram marcas distintas de cigarros, fabricadas por diversas fornecedoras de tabaco, as ações indenizatórias poderão ser ajuizadas em face de quaisquer uma delas — ou em face de todas elas. Se conjuntamente essas marcas contribuíram para o desenvolvimento da enfermidade que atingiu a vítima, a solução mais coerente será a de se

- responsabilizar quaisquer das empresas (ou todas elas) detentoras dos direitos de fabricar tais marcas;
- e) os danos materiais suportados pela vítima (ou pelos familiares) deverão ser cabalmente demonstrados. Dividem-se em: i) danos emergentes; ii) lucros cessantes;
- f) Já os danos morais não necessitam de prova, pois são considerados presumidos;
- g) em princípio, cabe ao consumidor (ou aos seus familiares, em caso de morte deste) o ônus de provar o nexo de causalidade entre o fato danoso (utilização do produto) e os danos por ele suportados. Enfim, a prova da enfermidade adquirida pelo tabagista (ou a sua morte), bem como o vínculo entre ela e o ato de fumar — ou entre ela e a exposição ao cigarro (tabagista passivo) — são de importância elementar e pertencem ao(s) autor(es) da ação. Há, contudo, a possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova, se presentes os requisitos necessários a tal inversão;
- h) o legislador, ao impor que caberá ao fornecedor, para eximir-se da responsabilidade indenizatória, demonstrar que o defeito inexistente, expressamente inverteu o ônus probatório, favorecendo a atuação do consumidor em juízo. Trata-se de *uma inversão legal do ônus da prova*. De tal sorte, ao consumidor caberá simplesmente *arguir* sobre a existência de defeito no produto (ou serviço); o fornecedor, por outro lado, sempre buscará *demonstrar* a ausência de tal defeito. O insucesso do fornecedor em provar que o defeito inexistente poderá carrear-lhe uma condenação, isso se, efetivamente, também não lograr êxito em demonstrar as outras excludentes de responsabilidade, e o consumidor obtiver sucesso na prova dos fatos que efetivamente lhe couber;
- i) quanto ao nexo causal, o direito civil brasileiro acolheu a *teoria do dano causal direto e imediato*, não obstante a constatação de que a jurisprudência vacila a tal respeito. Apenas será(ão) considerada(s) causa(s) do evento danoso aquela(s) capaz(es) de se ligar(em) a ele *numa relação de necessidade*, mesmo que não seja(m) essa(s) causa(s) a(s) mais próxima(s) do dano, ou a(s) única(s) que o ensejou. E a teoria do dano direto e imediato não se apresenta como um obstáculo

à demonstração do nexo causal entre o consumo de cigarros (ou exposição a eles) e as moléstias (ou mortes) que assaltaram a saúde do consumidor. Inarredavelmente, uma perícia bem trabalhada, aliada às demais provas e elementos contidos nos autos, permitirão ao julgador, se não a conclusão evidente acerca do vínculo causal entre a enfermidade (ou morte) e o tabagismo, ao menos alcançar um forte *juízo de presunção*, suficientemente capaz de permitir-lhe decidir em prol da pretensão do fumante (ou de seus familiares). É perfeitamente plausível ao magistrado, através de uma análise de todo o conjunto probatório constante dos autos, determinar, mediante tal *juízo de presunção*, qual a causa necessária, ou decisivamente responsável (mesmo que concorrente ou complementar), pelo desenvolvimento de uma enfermidade no consumidor (ou de sua morte);

j) entendendo o juiz, no caso concreto, estar presente um dos pressupostos transcritos na Lei (verossimilhança ou hipossuficiência), deverá, obrigatoriamente, e mediante fundamentação clara e expressa, inverter o ônus da prova, isso sempre no saneador, em respeito ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Diante da ocorrência da inversão do *onus probandi*, a fabricante de cigarros deverá, pois: i) comprovar inexistir a enfermidade adquirida e alegada pelo consumidor na demanda; e ii) provar que não foi o consumo de cigarros o responsável pela enfermidade (ou morte) do tabagista;

k) a Lei, expressamente, declara que o *onus probandi* respeitante à demonstração da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina. Trata-se de genuína *inversão legal do ônus da prova*.