RECURSO ESPECIAL Nº 851.924 - RS (2006/0067148-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS)**
RECORRENTE	:	LAURA GENI DA SILVA E OUTROS
ADVOGADOS	:	GUSTAVO BOHRER PAIM E OUTRO(S) MIGUEL TEDESCO WEDY JULIANO SPAGNOLO
RECORRIDO	:	PHILIP MORRIS BRASIL S/A
ADVOGADO	:	UBIRATAN MATTOS E OUTRO(S)
ADVOGADA	:	ALESSANDRA RODRIGUES BERNARDES OSHIRO E OUTRO(S)

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por LAURA GENI DA SILVA E OUTROS, com arrimo no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido, em sede de embargos infringentes, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais movida contra PHILIP MORRIS BRASIL S/A, assim ementado:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. TABAGISMO. MORTE DO FUMANTE. CÂNCER. INDUSTRIALIZAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE CIGARROS. LICITUDE DA ATIVIDADE. CONTROLE ESTATAL DA PRODUÇÃO E DA COMERCIALIZAÇÃO. DROGA LÍCITA.
> Não constituindo uma prática ilegal a produção e comercialização de cigarros, e sendo atividade permanentemente controlada pelo Estado, não só na industrialização como na comercialização do fumo, inobstante os sabidos malefícios à saúde que o fumo traduz, que já eram de conhecimento do público consumidor desde os primórdios da atividade, não se colore de ilegal a prática, descabendo responsabilizar-se a indústria por doenças eventualmente desenvolvidas pelo hábito de fumar (tabagismo). Hipótese em comento em que eventual responsabilidade da fabricante se afere sob a ótica da Teoria da Responsabilidade Subjetiva.
> LIVRE ARBÍTRIO E POSSIBILIDADE DE PARAR COM O USO DO CIGARRO.
> A atividade de fumar é daquelas que tem início e continuidade mediante livre arbítrio do cidadão, não se podendo reconhecer que a atividade de fumar tenha início e se dê tão somente por força de propaganda veiculada pela indústria fabricante de cigarros. Também é certo afirmar que eventual vício contraído pelo usuário do fumo não é permanente e irreversível, já que a cessação da atividade de fumar é um fato notório e que depende única e exclusivamente do consumidor.
> CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR.

> Considerando-se que os fatos tiveram início - uso de cigarros - antes do advento do diploma consumerista - Código de Proteção e Defesa do Consumidor - CDC - Lei 8.098/90, não tem ele aplicação ao caso concreto. Relação que se dá sob a análise do já revogado Código Civil de 1916.
> EMBARGOS CONHECIDOS EM PARTE. PRELIMINARES REJEITADAS, POR MAIORIA.
> EMBARGOS ACOLHIDOS, POR MAIORIA (fl. 3.522).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados com a seguinte ementa:

> EMBARGOS DECLARATÓRIOS. REJULGAMENTO. DESCABIMENTO. Desservem os embargos declaratórios à alteração do julgado, posto que têm por escopo tão somente a sua integração, não se fazendo instrumento apto à rediscussão da matéria já decidida nos dois graus de jurisdição, desimportando se correto ou não o julgamento. Têm, pois, cabimento somente nos casos do artigo 535 do CPC. Hipótese em que não se vislumbra omissão ou contradição. Embargos desacolhidos (fl. 3.572).

Nas razões do especial, os recorrentes apontam violação ao artigo 159 do Código Civil de 1916, ao artigo 131, inciso I, do Código Comercial e aos artigos 4º, inciso III, 6º, inciso VIII, 9º, 12 e 37 do Código de Defesa do Consumidor, defendendo, em síntese, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto, bem como a responsabilidade das empresas fabricantes e distribuidoras de cigarros por doenças relacionadas ao fumo. Invocam, ainda, dissídio jurisprudencial.

Com as contrarrazões e admitido o recurso na origem (fls. 4.052-4.054), subiram os autos a esta colenda Corte.

É o relatório.

DECIDO.

A irresignação não prospera.

O acórdão recorrido, para excluir a responsabilidade da empresa recorrida, afastando a ilicitude da conduta e concluindo pela culpa exclusiva do consumidor, incursionou detalhadamente na apreciação do conjunto fático-probatório, conforme se extrai da leitura dos votos condutores da maioria, merecendo destaque, por elucidativo, os seguintes trechos:

> (...) entendo que a eventual responsabilidade da demandada recorrente se

afere pelo reconhecimento ou não da antijuridicidade do ato, como um dos elementos acima mencionados.
E assim o fazendo, julgo que não há antijuridicidade no ato, ou seja, na fabricação, na comercialização e na propagação do hábito de fumar.
Portanto, ausente tal elemento – a antijuridicidade – descabe responsabilizar-se a embargante.
Não ultrapassado esse elemento, vejo despicienda a análise referente ao nexo causal.
E o mesmo pensamento da inexistência do dever de indenizar restou esposado no voto vencido, que é da lavra da eminente Juíza, Dra. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, cujos argumentos aqui adoto como razões de decidir, com a vênia de sua ilustre autora.
Ei-los:

> (...)
> Não há atividade ilícita a ser impingida à ré, do contrário.
> A atividade da demandada é lícita – como lembrado pelo ilustre parecerista Galeno Vellinho de Lacerda –, protegida pelo art. 170, Parágrafo único da Constituição Federal.
> O cultivo do fumo, sua industrialização, comercialização e publicidade são atividades lícitas e amplamente regulamentadas, insuscetíveis de gerar a responsabilidade da ré, como insistentemente gizado no memorial da co-demandada Souza Cruz S.A., sendo que a publicidade que gravita em torno do consumo (e aquisição) de cigarros jamais poderá ser taxada de enganosa ou abusiva.
> Não há, como frisado, qualquer prova de que o falecido iniciou o consumo de cigarros porque sucumbiu à maciça propaganda desse.
> Assim, não há ilícito a ser pronunciado.
> Do nexo causal.
> (...)
> Evidente que há culpa exclusiva do consumidor, que assumiu voluntariamente o risco de desenvolver doenças pulmonares e/ou outras moléstias a partir do hábito de fumar.
> (...)
> Custa-me a crer que o *de cujus*, com o aprimoramento da propaganda e insistente veiculação do fumo nos veículos de massa, por isso e a partir disso se mantivesse apegado ao vício.
> Quebra-se o nexo de causalidade, pois o dano não advém diretamente do produto, senão do vício incontrolável do *de cujus*, que preferiu o prazer a contê-lo e, quiçá, desenvolver hábitos mais saudáveis, os quais poderiam obstaculizar ou estancar o desenvolvimento de doenças.
> (...)
> A propaganda relativa a cigarros não se distancia de nenhuma outra referida e, do contrário, não promete ausência de riscos ou danos a quem consome, senão o fugaz prazer.
> Difícil afirmar-se que o cigarro foi a causa precípua e indissociável do processo de desenvolvimento de doença pulmonar no *de cujus*, embora o fumo esteja a ela associado.

> Isso porque, como também destacado, há fatores desencadeadores de doenças variadas e que revelam os maus hábitos adquiridos ao longo da existência, sendo o fumo apenas um dos ingredientes capazes de abalar a saúde do usuário de cigarros.
> (...)
> Assim, a responsabilidade é exclusivamente do consumidor, não se admitindo o pedido indenizatório, pois o desfecho lesivo (doença e final morte) não advém de nenhum procedimento das rés que deixou de ser observado. (...) (fls. 3.537-3.545).
> (...)
>
> Não estamos aqui julgando e condenando ou não condenando a indústria do fumo como um todo, estamos examinando um caso concreto. Se a responsabilidade da empresa advém de ter induzido um cidadão ao consumo de um produto que ocasiona vício, como é que ela induziu, mediante a propaganda, se o cidadão, no dizer do procurador dos autores, residia nos confins do interior de Santa Cruz do Sul? Que intensidade de propaganda é essa para que ele pudesse ser influenciado? Ele certamente começou a fumar como a maioria das pessoas, inclusive este julgador, por influência do meio social, dos amigos.
> Penso ser muito estranho também que tenha sido demandada a Philip Morris, porque, segundo consta aqui, ele começou a fumar – fumou por mais de 40 anos – a partir de 54, e pela informação que trouxe o procurador da Philip Morris, esta começou a atuar aqui em 75. Então, se ele foi induzido, viciou-se consumindo um produto que a Philip Morris não fabricava (fl. 3.556).

Destarte, assim como posta a matéria, independentemente da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto, a verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso obstado exigiria por parte desta Corte o reexame de matéria fática, o que é vedado pelo Enunciado nº 7 da Súmula deste Tribunal, consoante iterativa jurisprudência desta Corte.

Nesse sentido o seguinte precedente:

> PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. *AÇÃO INDENIZATÓRIA. INDÚSTRIA DE CIGARROS. FABRICAÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO E PUBLICIDADE. CONSUMIDOR* . DOENÇA ADQUIRIDA PELO USO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ARTS. 165, 458, II, 535 DO CPC. OFENSA NÃO-DEMONSTRADA. *RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. VALORAÇÃO DA PROVA. REEXAME DE ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS. SÚMULA N. 7 DO STJ*. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA INEXISTENTE. ARTS. 541, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC E 255, § 2º, DO RISTJ.
> 1. Na instância especial, não podem ser apreciados princípios ou normas de

> natureza constitucional por força das prescrições contidas nos arts. 102, III, e 105, III, do Texto Maior.
> 2. É improcedente a argüição de ofensa aos arts. 165, 458, II, e 535 do CPC quando o Tribunal de origem, ainda que não aprecie todos os argumentos expendidos em sede recursal, pronuncia-se, de forma fundamentada e suficientemente, sobre as questões relevantes que delimitam a controvérsia.
> 3. *Aplica-se a Súmula n. 7 do STJ na hipótese em que a parte recorrente, a pretexto de valoração de prova, visa precipuamente o reexame de elementos fático-probatórios constantes da demanda.*
> 4. A valoração da prova, em sede de recurso especial, pressupõe a negativa de vigência ou contrariedade a princípio ou norma legal pertinente ao campo probatório, não podendo situar-se no simples propósito de análise das circunstâncias fáticas que nortearam o acórdão recorrido (REsp n. 695.127-DF, Terceira Turma, relator Ministro CASTRO FILHO, DJ de 26.3.2007; e AgRg no Ag n. 661.517-SP, Quarta Turma, relator Ministro BARROS MONTEIRO, DJ de 10.4.2006).
> 5. O conhecimento do recurso fundado na alínea "c" do permissivo constitucional pressupõe o pleno atendimento das regras prescritas nos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 2º, do RISTJ, que exigem a explicitação dos pontos que assemelham ou diferenciam o acórdão recorrido dos arestos apontados como paradigmas.
> 6. Recurso especial não-conhecido.
> (REsp 823256/RN, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 19/02/2008, DJe 22/04/2008).

No mesmo rumo, as seguintes decisões monocráticas: Agravo de Instrumento nº 766.546, Relator o Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, julgado em 24.09.2007; e Agravo de Instrumento nº 792.774, Relator o Ministro MASSAMI UYEDA, julgado em 12.09.2006, esta última, assim ementada:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE - INCURSÃO NO MÉRITO - POSSIBILIDADE - MATÉRIA CONSTITUCIONAL - IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO PELO STJ - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - APLICAÇÃO DA SÚMULA 211 DO STJ - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - INOCORRÊNCIA - PETIÇÃO RECURSAL NÃO PERMITE A EXATA COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284 DO STF - PRODUÇÃO DE PROVAS - NECESSIDADE - LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ - *NEXO DE CAUSALIDADE - ENTENDIMENTO OBTIDO DA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - REEXAME DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DA SÚMULA 7 DO STJ* - AGRAVO IMPROVIDO.

Registre-se, ademais, que, na linha do parecer da lavra do ilustre jurista Ruy

Rosado de Aguiar Júnior, a responsabilidade civil pressupõe a conjugação de diversos elementos, entre eles a conduta ilícita e o nexo causal, indispensáveis mesmo que se trate de responsabilidade objetiva. É o que se extrai do seguinte excerto:

> A responsabilidade civil, como é sabido, tem por pressupostos a reunião de alguns elementos: a existência de um fato ilícito (ou, excepcionalmente, lícito), o dano injusto, a relação de causalidade e o fator de atribuição, a título de culpa ou de responsabilidade objetiva.
> Cada um desses requisitos deve ser objeto de demonstração nos autos da ação intentada com o propósito de reparação do dano. Ainda quando se cuida de responsabilidade objetiva, deve ficar demonstrada a existência dos fatos que justificam a pretendida dispensa do exame da culpa.
> Embora a controvérsia doutrinária que se possa estabelecer na conceituação do ato ilícito, é aceitável a orientação que descarna o ilícito de qualquer outro qualificativo, limitando o exame da ilicitude à contrariedade entre a conduta, assim com concreta e objetivamente provada nos autos, e a lei. Nesse prisma, pode ser desde logo prolatada, em julgamento antecipado, a sentença que admite a tese de que o fato existente era lícito (não sendo caso de incidência da regra que excepcionalmente ordena a indenização por fato lícito, como acontece na desapropriação), uma vez que a matéria de prova já estava superada, e apenas restava a qualificação jurídica que levava à improcedência (fls. 3.051-3.052).

De mais a mais, a conclusão do acórdão recorrido no sentido da culpa exclusiva da vítima é, por si só, suficiente para afastar o nexo causal e, por conseqüência, a responsabilidade civil, segundo a melhor doutrina (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74-75).

Tal excludente do nexo de causalidade, situada pelo acórdão recorrido no livre arbítrio, inerente ao ser humano, é corroborada pelo estudo de Jorge Mosset Iturraspe sobre o tema:

> *Ni la embriaguez ni el fumar privan del discernimiento. La voluntariedad del acto persiste en ambos supuestos, caracterizados como "estados transitorios", cuyo origen ha sido "provocado por su autor".*
> *(...)*
> *Si el tema se maneja con estadísticas, como ya hemos señalado, debemos atender a aquellas que hablan de la inmensa cantidad de personas que han abandonado el consumo de los cigarrillos, "voluntariamente", con base en una decisión personal firme, sin auxilio o asistencia médica.*
> *Y también a la numerosísima pléyade de fumadores controlados o razonables que "no abusan" y sólo encienden tres o cuatro cigarrillos diarios, sin sufrir consecuencias nocivas para su salud* (fl. 4.104).

Por fim, vale consignar que, de acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a necessidade do reexame da matéria fática impede a admissão do recurso especial tanto pela alínea "a", quanto pela alínea "c" do permissivo constitucional.

A propósito:

> Recurso Especial. Civil. Responsabilidade civil. Cirurgião e anestesiologista. Recurso com fundamento nas alíneas "a" e "c" do art. 105, III, da CF. Reexame fático-probatório. Súmula 07/STJ.
> Incidência.
> - A constatação de ter o médico cirurgião e o anestesista agido ou não com culpa no atendimento a paciente, nas modalidades negligência, imprudência ou imperícia, demanda necessariamente o reexame do conjunto fático-probatório da causa, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ.
> - *O reexame do conjunto fático-probatório da causa obsta a admissão do recurso especial tanto pela alínea "a", quanto pela "c" do permissivo constitucional.*
> Recurso especial não conhecido.
> (REsp 765.505/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/03/2006, DJ 20/03/2006 p. 271).

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso especial.

Intimem-se.

Brasília-DF, 04 de maio de 2009.

Ministro VASCO DELLA GIUSTINA
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS)
Relator