

AÇÃO INDENIZATÓRIA - DEVER DE INFORMAR DO FABRICANTE SOBRE OS RISCOS DO TABAGISMO

Revista dos Tribunais | vol. 812/2003 | p. 75 - 99 | Jun / 2003
DTR\2003\675

Judith H. Martins Costa

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora adjunta de Direito Civil e de Teoria Geral do Direito Privado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogada.

Área do Direito: Processual

Sumário:

- 1.Consulta - 2.Parecer

AÇÃO INDENIZATÓRIA. TABAGISMO. *Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo.* Compreensão, extensão e eficácia. Pré-compreensão das normas jurídicas: o princípio da boa-fé objetiva em dimensão histórica e concreta. O dever de informar, seus elementos e sua função. Fonte do dever de informar e marco da sua extensão na incidência, harmoniosa, da Constituição Federal (LGL\1988\3), do Código de Defesa do Consumidor, da Lei Federal 9.294/96 e de atos administrativos de competência do Ministério da Saúde. Convergência entre o fim visado pelo Código de Defesa do Consumidor (informar sobre os riscos para esclarecer o consentimento) e o escopo tutelado pela Constituição Federal (LGL\1988\3) (informar sobre os riscos para oferecer desestímulo ao hábito de fumar). "Defeito do produto": a idéia de defeituosidade do produto versada no Código de Defesa do Consumidor vigora no seu âmbito de aplicação, demarcando-se a exigibilidade de suas normas, no tempo, a partir da data de sua vigência: a retroeficácia só é possível quando expressamente prevista em lei, na medida em que permitida pela Constituição Federal (LGL\1988\3). Art. 12 do CDC (LGL\1990\40): o cigarro é produto de "periculosidade inerente", o que não constitui defeito nem gera dever de indenizar. Condições da responsabilidade por danos, em especial o nexo causal.

1. Consulta

Os ilustres colegas Paulo Rogério Brandão Couto, do escritório Machado, Meyer, Sendácz e Ópice e Antônio Rezende, advogados da Companhia de Cigarros Souza Cruz, encaminham consulta, tendo em vista ação indenizatória proposta contra aquela Companhia por J. S. M., e ora sob julgamento na 6.^a Câ. Cív. do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

A consulta versa acerca da extensão do princípio da boa-fé no que tange ao *dever de informar*, que incumbe aos fabricantes de cigarros. Para tal fim, os Consulentes enviam extensa documentação, consistente nas peças atinentes ao processo judicial, bem como os pareceres emitidos pelos doutos Professores Simon Schwarzman, Galeno Lacerda e Miguel Reale. Por fim, formulam os seguintes quesitos:

1 - Os deveres decorrentes da boa-fé objetiva podem ser entendidos abstratamente ou devem se conectar ao contexto histórico, social e cultural da época e do lugar de referência?

2 - Seria correto afirmar que o dever de informar, compreendido no princípio da boa-fé, autoriza a conclusão de que havia a obrigação de a Souza Cruz advertir sobre os riscos à saúde associados ao cigarro na época em que o autor da ação começou a fumar, ou seja, na década de 40 do século XX?

3 - Se admitirmos que a boa-fé objetiva tinha aplicação no direito brasileiro mesmo antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor - CDC (LGL\1990\40), seria correto afirmar que o dever de informar, compreendido no princípio da boa-fé, autoriza a conclusão de que há obrigação de a Souza Cruz advertir sobre os riscos à saúde associados ao consumo de cigarros, ainda que esses riscos sejam notórios e de pleno conhecimento público?

4 - Poderíamos admitir que um produto é defeituoso, porque "não oferece a segurança que dele legitimamente se espera", para os fins do § 1.º do art. 12 do CDC (LGL\1990\40), mesmo antes

da entrada em vigor desta Lei?

5 - O cigarro é um produto de periculosidade inerente? Em caso positivo, esse fato, por si só, é suficiente para responsabilizar a Souza Cruz por doenças experimentadas por seus consumidores?

6 - O fato de a Souza Cruz cumprir as determinações que lhe são impostas pelo Poder Público no que se refere à veiculação de cláusulas de advertência pode ser interpretado como defeito por vício de informação?

7 - Considerando-se que a Constituição Federal (LGL\1988\3), por força da combinação dos arts. 22, XXIX; 220, §§ 3.º e 4.º; e 65 do ADCT (LGL\1988\31), reservou privativamente à União o Poder de legislar sobre tabaco, pode-se afirmar que as normas relativas à propaganda e ao dever de informar quanto aos riscos do produto previstas no Código de Defesa do Consumidor estarão, necessariamente, satisfeitas, uma vez atendidos os preceitos dos diversos atos normativos que regeram a matéria desde 25.08.1988 (sendo que ultimamente a questão vem sendo regida pela Lei 9.294/96)?

8 - Considerando-se que, para o desenvolvimento de certas enfermidades usualmente associadas ao tabaco, (i) o consumo de cigarros não é condição necessária (uma vez que as doenças acometem pessoas que nunca fumaram) nem condição suficiente (já que apenas a minoria dos fumantes desenvolve tais enfermidades) e (ii) que não existe exame atualmente disponível em medicina que seja capaz de aferir se um fumante não desenvolveria certa doença mesmo se nunca tivesse fumado, seria juridicamente correto afirmar que há nexos causal, do ponto de vista jurídico, entre o consumo de cigarros e o desenvolvimento de uma certa doença em um caso particular?

2. Parecer

Tendo em vista os quesitos apresentados, passo a emitir o meu parecer, para o que, após a síntese dos fatos (I), examinarei a ambiência a partir da qual penso deva ser compreendido o princípio da boa-fé objetiva (II), fonte do dever de informar e marco da sua extensão (III). Posteriormente, analisarei as questões relativas à incidência, à espécie, do Código de Defesa do Consumidor, em especial a idéia de "defeito do produto" (IV), alcançando, enfim, o exame do nexos causal entre a conduta da consulente, Companhia Souza Cruz, e a doença de que está acometido o senhor J. S. M. (V).

2.1 Dos fatos

1. Em 18.04.1996, o senhor J. S. M. ajuizou, perante o Juízo da 4.ª Vara Cível do Foro Central de Porto Alegre, ação de indenização, fundada na "responsabilidade civil fruto das relações de consumo" (*sic*) contra a Companhia Souza Cruz, invocando o dever de indenizar (na forma do art. 159 do CC) e alegando, em síntese, o que segue:

a) que começara a fumar cigarros com 16 (dezesseis) anos, em 1945, "movido pela imagem criada via maciça campanha publicitária, que a ora ré promovia em todos os meios de comunicação, a seu dispor na época";

b) que o cigarro veio a provocar-lhe diversas enfermidades, "graves, irreversíveis e incuráveis, decretando-lhe sentença de morte, incapacitando-o de forma dolorosa, privando-o de uma vida normal (...);"

c) que a empresa jamais alertou para os riscos derivados do fumo, "até porque nunca lhe fora dito que fumar fazia mal à saúde, e não teve força para defender-se" uma vez que fumar era "uma norma social";

d) em conseqüência, faz jus ao recebimento de perdas e danos, patrimoniais e extrapatrimoniais, a si e aos seus familiares, pela omissão da empresa em informar acerca dos riscos à saúde provocados pelo cigarro e por ato comissivo culposo, ao induzir ao fumo, em razão da publicidade que "glamourizava" o cigarro.

2. A petição inicial vem acompanhada por laudos médicos que atestam estar o petionário atacado por doença pulmonar grave. Atestam, também, que o autor interrompera o hábito de fumar em maio de 1992. Faz-se acompanhar, ainda, da documentação relativa às perdas salariais e às despesas com a doença.

3. Em contestação, subscrita pelo ilustre Professor Luis Roberto Barroso, a Consulente - após argüir preliminares ao mérito - sustenta que a empresa, ao fabricar cigarros, está no exercício

regular de um direito, o que afasta a imputação de culpa e de ilicitude, eis que a atividade de fabricação e comercialização de cigarros é atividade lícita; nega a configuração denexo causal entre a sua conduta e a doença do autor; alega a não-incidência do Código de Defesa do Consumidor a contratos estabelecidos em data anterior à sua vigência, afirmando, por fim, a inimizabilidade de eventuais danos à empresa em razão da assunção deliberada do risco pelo autor, uma vez que, reiteradamente alertado dos riscos causados à sua saúde pelo cigarro, continuou a fumar por 48 anos.

4. O laudo pericial do senhor perito do juízo esclarece que o Sr. J. S. M. refere o hábito de consumir, desde os 17 anos de idade, cerca de quarenta cigarros por dia, e ainda, "que desde a juventude tem recebido aconselhamento médico para parar de fumar". Alude à situação física do examinando, dissertando acerca da relação entre a doença e vários fatores, assim, o "tabagismo, hereditariedade, poluição aérea, exposição ocupacional e infecção", sendo, o fumo, "o fator mais importante". Associado "a bronquite crônica e enfisema".

5. A decisão do ilustre Juiz de Direito da 4.^a Vara Cível do Foro Central de Porto Alegre, acolhendo algumas das preliminares argüidas em defesa, foi, no mérito, pelo não-provimento da ação, seja em razão de não estar comprovada a culpa da empresa, seja pela inexistência denexo causal, seja pela não-ocorrência de ilicitude na atividade da empresa, seja, enfim, em razão do reconhecimento do livre arbítrio do autor (para fumar e para deixar de fumar), anotando:

"Cabia ao autor, portanto, exercitar o direito de optar pelo tabagismo ou não. Optou pelo primeiro, embora de há muito, ser fato notório o agravamento de fatores de risco naqueles tabagistas contumazes, que parece ser o caso do autor, ainda associado a fatores especiais, hábitos alimentares, sedentarismo, etc."

6. Dessa decisão o autor interpôs recurso de apelação, sustentando a responsabilidade da empresa por nunca ter advertido, até 1990, acerca dos malefícios causados pelo cigarro. Em contradição, a empresa voltou a sustentar a estrita legalidade de seus atos; a inexistência denexo causal; a inexistência de publicidade enganosa, juntando pareceres do sociólogo Simon Schwarzman, presidente da Fundação IBGE, e dos juristas Galeno Lacerda e Miguel Reale.

7. Julgando o recurso de apelação, o Exmo. Des.-relator Dr. João Pedro Freire proferiu seu voto pelo provimento do recurso. Muito embora o voto escrito não tenha sido alcançado à Consulente, informa seu advogado, presente à sessão de julgamento, que, nas razões de decidir, o digno relator fundamentou o seu convencimento no princípio da boa-fé objetiva, gerador do dever de informar, mesmo na ausência de lei expressa. A sessão de julgamento foi interrompida em razão de pedido de vista do culto Des. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

Sintetizados os fatos, cabe iniciar a resposta aos quesitos pelo exame da pré-compreensão do princípio da boa-fé, erigido, no voto do digno Desembargador-relator, a fundamento principal do provimento do recurso.

2.2 A pré-compreensão das normas jurídicas: a boa-fé objetiva em dimensão histórica e concreta

8. Pela expressão "princípio da boa-fé objetiva" indica-se uma norma de conduta que impõe aos participantes do tráfego negocial uma atuação pautada pela colaboração intersubjetiva, pela lealdade, correção e consideração aos interesses do *alter*. Da boa-fé, assim considerada, decorrem diferentes funcionalidades: a boa-fé atua como cânone de interpretação, como fonte produtora de deveres jurídicos e como limite ao exercício de direitos subjetivos e potestativos. Nessa tríplice direção, adquire função de otimização do comportamento contratual e de reequilíbrio de seu conteúdo.¹

Por aí já se vê que a boa-fé não é uma norma que se apresente sempre igual, aplasmadora em seu conteúdo e homogeneizadora em sua simplicidade. Muito menos se trata de um remédio para uma infinidade de problemas jurídicos, dependente tão-só do alvedrio do intérprete. É um recurso técnico preciso (embora multifuncional em sua operatividade), que se apresenta proteiforme no tempo e no espaço, podendo, num mesmo tempo e num mesmo espaço, ser dotado de diferentes graus de intensidade, na ponderação, sempre necessária, com as concretas situações da vida e com os demais princípios e regras do ordenamento.

Foi por essa razão que, ao iniciar o estudo do princípio da boa-fé objetiva, preocupe-me em perspectivá-lo em sua dimensão histórica, tentando demonstrar como o mesmo - conquanto guardando idêntico valor *facial* (expresso pelo emprego, através dos séculos, de um mesmo

sintagma: "boa-fé") - muda de feição e de significado consoante a diacronia, consoante as concretas possibilidades de compreensão prevaletentes em cada momento espaço-temporalmente considerado.

Essa mutabilidade lhe é conatural, pois, como lembram Viola e Zaccaria, "l'uomo si trova strutturalmente inserito in una storia e in una tradizione", "il suo comprendere è destinato a rivelare un carattere inevitabilmente *situato*". ²

O caráter *situado* do conhecimento e da compreensão, próprio dos fenômenos culturais, recobre a ciência jurídica, na medida em que essa constitui o resultado de um processo extraordinariamente laborioso e complexo de integração entre fatos e valores. Daí que toda a ciência jurídica "si costituisce contestualmente". ³E se é constituída contextualmente, é porque "la struttura del Vorverständnis coglie la storicità e la localizzazione come dimensione intrinseche al conoscere". ⁴

Na História é que são postos (e compreendidos) os *elementos factuais* que condicionam tanto a ação humana quanto a sua valorização e a forma pela qual se expressa, no Direito, a objetivação dos valores correlacionados com os fatos. Tomemos como prova dessa assertiva o esclarecedor parecer do sociólogo Dr. Simon Schwarzman: ao responder à questão de saber se a população brasileira "tem consciência ampla, e já por longo tempo, da noção que fumar cigarros é um vício que faz mal à saúde", o parecerista demonstra, fundado em pesquisa de campo e vasta literatura, que essa consciência existe há séculos, desde a época colonial. Essa mesma consciência se veio aprofundando, extraordinariamente, nos últimos 50 (cinquenta) anos, em razão da intensa difusão de informações de natureza médico-científica nos meios de comunicação de massa. Assim sendo, aquilo que já tinha entidade como "senso comum" desde os tempos mais remotos de nossa história veio a adquirir, progressivamente, uma espécie de "legitimidade científica" que, nos anos 50, já era objeto de regulamentação jurídica, por meio de leis municipais que vetavam o fumo em ônibus, elevadores e cinemas.

Traduzindo esses dados para as categorias teóricas do tridimensionalismo de Miguel Reale, observaremos que o *fato* da consciência social acerca dos malefícios do cigarro tem permanecido, através dos tempos, relativamente o mesmo; porém, esse fato (a consciência social) recebe diferentes valorações sociais e jurídicas no curso dos tempos, resultando, então, em diferentes recepções normativas por parte do Direito. Quando a consciência social dos males do fumo convivia com a sua "glamourização" sociocultural, havia uma ampla tolerância jurídica; porém, passa-se, progressivamente, à "desglamourização" sociocultural do fumo, em virtude da ascensão ao status de valor social do culto à saúde. Então, verifica-se uma relativa intolerância jurídica, expressa nas leis e medidas administrativas restritivas ao fumo e na regulamentação da propaganda de cigarros.

9. A consciência social acerca dos males do cigarro tem sido diferentemente valorada pelo Direito, porque tem sido objeto de diferentes - senão antagônicas - *pré-compreensões*, derivadas da conjugação de múltiplos fatores de atuação no âmbito cultural.

Com efeito, é nos determinados âmbitos culturais (sempre âmbitos históricos) que estão os dados de fato e os elementos valorativos que conduzem o processo de pré-compreensão - e, portanto, de interpretação - das normas jurídicas.

Sabe-se que o termo "pré-compreensão" foi cunhado por Gadamer para "hacer justicia a la historicidad de la comprensión". ⁵Muito sinteticamente, o termo indica o fator (ou conjunto de fatores) que *condiciona*, como momento inicial de uma projeção de sentidos, todo o processo de compreensão de um determinado problema jurídico, ⁶desde o modo de colocar-se o problema para o intérprete até a sua solução. ⁷A pré-compreensão constitui, portanto, o âmbito que delimita o fluxo da interpretação, seja a interpretação dos problemas que o Direito é chamado a resolver, seja a dos princípios e regras que direcionarão a solução dada.

A importância verdadeiramente fundamental dessa idéia está em que não é possível - como assinalam Viola e Zaccaria - uma representação conceitual da realidade que não pressuponha uma prévia leitura interpretativa. Esta leitura é, por sua vez, realizada por intermédio de certos esquemas "dal momento che il soggetto cognoscente è parte di un background di conoscenze e di presupposizione epistemologiche". ⁸Isto é o mesmo que, em outras palavras, expressara Miguel Reale ao formular, em sua obra filosófica, a idéia de um *a priori* cultural condicionante do conhecimento: para conhecer é necessário ter presente não apenas o objeto do conhecimento ou

o sujeito cognoscente, mas a circunstancialidade em que o conhecimento se processa.⁹

10. Se assim ocorre com a observação filosófica e científica, com muito mais razão se verifica no Direito, em face do seu *caráter alográfico*. Recorro a Eros Roberto Grau:

"O direito é alográfico. E alográfico é porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A 'completude' do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é *produzido*, como nova forma de expressão, pelo intérprete".¹⁰

A interpretação é "o meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual pesquisamos as normas contidas nas disposições", do que decorre ser a interpretação "uma atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas".

¹¹Como afirma ainda Eros Roberto Grau, "as normas (enquanto disposições, enunciados, textos) nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidas em *normas* (isto é, quando - através e mediante a interpretação - são transformadas em normas; as normas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem".¹²

Essa assertiva serve para pontuar, em suma, que *toda norma jurídica é o resultado da interpretação*. Ela não "existe" como entidade verdadeiramente normativa antes do momento da interpretação por parte de um intérprete autorizado a dizer o Direito (*juris dicere*), portanto, titular do poder-dever da jurisdição. Mas não devemos esquecer que a norma, resultante da interpretação, é decorrência (ou se dá nos quadros) de uma pré-compreensão.

11. Quais seriam os fatores direcionadores da pré-compreensão dos efeitos jurídicos da propaganda do fumo na época em que o autor começou a fumar - meados da década de 40 do séc. XX?

Em primeiro lugar, vigoravam outros *padrões estéticos e culturais relativos ao charme, à beleza, à saúde*. Hoje em dia, à diferença de três ou quatro décadas atrás, o sucesso não está mais associado ao charme do fumante dos filmes de Hollywood, às misteriosas figuras encarnadas por Humphrey Bogart ou pela "Gilda" de Ingrid Bergmann - ou mesmo, para alguns, ao encanto recoberto pelas nuvens de cigarro dos intelectuais franceses -, mas à imagem da pessoa "que se cuida" (até com a ajuda de um personal trainer, se possível), que observa normas de uma boa dieta alimentar (veja-se a diferença entre os nossos cardápios diários e os de nossas mães e avós!) e, notadamente, que não fuma, pois fumar, hoje, é um não-valor, um elemento de constrangimento social, na mesma e exata medida em que, há 20 ou 40 anos, era elemento de prestígio e charme. Como percebera já Baudrillard, avisado observador da sociedade de consumo, o corpo humano enfim se tornou "le plus bel objet de consommation".¹³

Em segundo lugar, nos meados do século passado ainda não se verificava, em toda a sua intensidade, como agora, a consciência da necessidade de valorizar-se *juridicamente* a desigualdade substancial entre as partes de um contrato, decorrentes, por exemplo, de assimetrias informativas. Só a partir dos anos 80 (ao menos entre nós), passou-se a valorar a desigualdade concreta (e não mais apenas a igualdade abstrata); passou-se a relativizar a autonomia privada; mudou a relação entre a sociedade e o Estado: a este, pediu-se não apenas que desse, à iniciativa privada, os meios para que essas colimassem seus fins, mas que direcionasse os próprios fins. Daí o surgimento da normativa constitucional determinando como fim ou política pública a proteção ao consumidor; daí as regras tutelares do Código de Defesa do Consumidor que inverteram - num giro de 180 graus - o velho adágio que, por dois mil anos, dominara o Direito Civil: de *caveat emptor* para *caveat venditor*.

Essas modificações atingem diretamente não apenas a prévia compreensão do problema dos malefícios causados pelo tabaco, mas, por igual, *as formas de sua regulação jurídica*, daí se traduzindo na própria compreensão do princípio da boa-fé. O que é hoje, para nós, esse princípio, e o "como" atua na vigente ordem jurídica não é, nem poderia ser, o mesmo que era ou seria há 20 ou 30 anos, pela simples razão de que os dados culturais que o tornam concreto e operativo são, hoje, diversos daqueles vigorantes no passado.

12. Por isso mesmo tenho registrado ser a boa-fé expressão carecedora de *concreção*, não se ajustando a uma plana subsunção. Ora, a tarefa de concretizar é sempre, e necessariamente, contextual. Isto significa dizer que a expressão "boa-fé" não tem um conteúdo "próprio" ou "imaneente", mas apenas contextual, estreitamente ligado às circunstâncias, aos "fatores vitais" determinantes do contexto da aplicação.

Assim, se é indubitoso que o ordenamento jurídico brasileiro *continha* o princípio da boa-fé

mesmo antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, também é indubitoso que, até então - ou até pouco antes, quando a boa-fé objetiva passou a ser expressa pela dicção jurisdicional - o princípio tinha entidade somente enquanto texto (no art. 131 do Código Comercial) e como dispositivo inexpresso (no inteiro ordenamento), mas não como norma jurídica atuante e produtora de deveres. O princípio transformou-se em norma viva e atuante como resultado da interpretação que se veio fazendo, pioneira e corajosamente, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para, somente após, alcançar os demais tribunais brasileiros. Por isso, é indevido "aplicar a boa-fé" tal como hoje é interpretada para sancionar condutas ocorridas em período histórico no qual se tinha outra interpretação da boa-fé, uma interpretação que não alcançava, por exemplo, a idéia segundo a qual a boa-fé produz o dever de informar!

13. Essas observações já permitem alcançar conclusão ao *primeiro quesito*, que põe a questão de saber se o princípio da boa-fé, e os deveres decorrentes, podem ser entendidos abstratamente, ou se devem conectar com o contexto da época e do lugar de referência.

A conclusão a que chego é que as normas jurídicas derivadas do princípio da boa-fé objetiva, e esse próprio princípio, como norma que é, *não existiam, enquanto tais, antes de seu acolhimento, por via jurisdicional, no ordenamento brasileiro*. Concluo, igualmente, que, em virtude do "caráter alográfico" do Direito, é equivocado transplantar categorias e escolhas valorativas resultantes de uma interpretação/aplicação que é feita no presente para julgar fatos ocorridos no passado - num passado no qual a pré-compreensão do problema era diversa, no qual os elementos valorativos tidos como relevantes para uma determinada sociedade, ou determinado ordenamento, eram distintos.

Foi nesse equívoco que, em meu entender, laborou o ilustre Desembargador-relator, trazendo a pré-compreensão e a interpretação *hoje devidas* ao princípio da boa-fé objetiva para selecionar, filtrar, apreciar e, finalmente, julgar fatos ocorridos nas longínquas décadas de 40 e 50 do século passado, deixando de lado os dados contextuais e ignorando a circunstancialidade em que o conhecimento das concretas situações de vida relativas ao tratamento jurídico dos riscos do tabagismo efetivamente se processa.

2.3 O dever de informar, seus elementos e sua função

14. Não há dúvidas de que os deveres de informação constituem uma das mais relevantes traduções da boa-fé na vida social. A importância desses deveres (por vezes postos como verdadeiras obrigações contratuais) e a sua modelação concreta vem sendo processada *pari passu* ao reconhecimento da desigualdade material dos membros do conjunto social. Poderíamos dizer que a relevância dos deveres de informação decorre da relevância da diferença que se põe como necessária consequência da "transversalidade" que hoje recobre a fisionomia da sociedade civil, ¹⁴da fissura no mito da igualdade formal que alicerçou a Codificação oitocentista.

Ao reconhecimento da diferença concreta entre fabricante e consumidor acerca do conhecimento sobre os riscos do produto corresponde, para o primeiro, o dever de informar sobre esses riscos: o ordenamento reconhece essa disparidade no plano informativo e procura equilibrar a relação, impondo - seja através de pontual disposição de lei, seja mediante a concreção da boa-fé - os deveres de informação, que incidem tanto na fase da conclusão do contrato e na das tratativas contratuais quanto na fase de execução do negócio.

15. Porém, assim como hoje vem proclamada a exponencial importância dos deveres de informação, assim também se deve reconhecer que, até há poucos anos, "non era l'obbligo di informazione, in sé e per sé, ad essere oggetto di autonoma considerazione e ad assumere giuridica rilevanza". ¹⁵

A autônoma consideração desse dever e a construção de uma teoria positiva da obrigação de informar acompanham a trajetória do princípio da boa-fé objetiva, cujo acolhimento como norma no Direito brasileiro é recentíssimo: muito embora inscrito, desde 1850, no art. 130, *caput* e I, do CCo (LGL\1850\1) como cânone hermenêutico, mesmo nessa função a boa-fé era vista exclusivamente ao modo subjetivo. Acentua, a propósito, o Min. José Carlos Moreira Alves:

"É de notar-se, porém, que esse dispositivo, que se apresenta com a natureza de cláusula geral, até época relativamente recente foi tido como simples princípio de hermenêutica que se baseia na boa-fé subjetiva". ¹⁶

16. Pode ser atribuída à obra de Clóvis do Couto e Silva ¹⁷a efetiva conformação da boa-fé como princípio ativo, capaz de operar "verdadeira transformação jurídica através da doutrina e do

Poder Judiciário".¹⁸ Conquanto referência à boa-fé contratual já constasse das obras de Miguel Maria de Serpa Lopes,¹⁹ Orlando Gomes²⁰ e de Alípio Silveira,²¹ as decisões que iniciaram a trajetória de seu acolhimento como modelo jurisprudencial fazem expressas referências à obra de Couto e Silva e a de autores que divulgou, como o português Mario Júlio de Almeida Costa,²² os quais deram ao princípio um desenvolvimento dogmático ausente das demais obras mencionadas, explicitando os deveres de cooperação que, na relação obrigacional, decorrem da sua incidência, como o dever de informar.

Com base na percepção da relação obrigacional como um processo polarizado pelo adimplemento, transpôs Couto e Silva para o direito civil brasileiro a concepção de Emilio Betti acerca da existência imanente, nessas relações, de deveres de colaboração, ora secundários ou anexos à obrigação principal, ora apresentando-se, por força da boa-fé, *como deveres autônomos*. Conjugando esta concepção aos aportes da doutrina e da jurisprudência alemãs, que deram um notável desenvolvimento à norma do § 242 do BGB, Couto e Silva atribuiu à boa-fé objetiva o papel de fonte autônoma de direitos e obrigações, por cuja incidência "transforma-se a relação obrigacional manifestando-se no vínculo dialético e polêmico, estabelecido entre devedor e credor, elementos cooperativos necessários ao correto adimplemento".²³

Enfatizou ainda o mestre gaúcho que o fato de o Código Civil (LGL\2002\400) não contemplar de forma expressa o princípio não poderia levar à conclusão de que o mesmo não integra o ordenamento. E assinalou:

"Quando num código não se abre espaço para um princípio fundamental, como se fez com o princípio da boa-fé, para que seja enunciado com a extensão que se pretende," afirmou, "ocorre ainda assim a sua aplicação por ser o resultado de necessidades éticas essenciais, que se impõem ainda quando falte disposição legislativa expressa", reconhecendo, porém, que, neste caso, "a percepção ou captação de sua aplicação torna-se muito difícil, por não existir uma lei de referência a que possam os juízes relacionar a sua decisão".²⁴

A dificuldade aí apontada só passou a ser superada no final da década de 1980: creio que as primeiras decisões que acolhem a doutrina de Couto e Silva acerca da boa-fé objetiva, por forma a transformar o princípio em atuante norma jurídica, são dos anos de 1988 e 1989.²⁵ Antes disto, tal como ocorreu em outros ordenamentos, conectar o tema do dever de informar ao princípio da boa-fé consistiria em uma verdadeira *impossibilidade histórica*.

17. É certo que a existência dos deveres de informação não era matéria totalmente desconhecida na Ciência Jurídica, nem na Moral, estando já registrada em texto de Cícero.²⁶ Porém, até os últimos anos, o tema vinha tratado ora sob o viés dos princípios que dominavam a Teoria dos Vícios da Vontade, ora sob as regras que conformam a Teoria dos Vícios Redibitórios. De modo geral, pode-se afirmar que o problema do dever de informar - notadamente na fase pré-contratual, ligada à formação do consentimento - estava preso às escassas hipóteses previstas em lei, sendo valorado mediante os princípios dominantes da Teoria dos Vícios da Vontade, entre eles os princípios reitores do erro e o princípio da *irrelevância do chamado dolo omissivo, ou negativo*). Para além dessas hipóteses era, quando muito, absorvido pela valoração do comportamento do sujeito que teria dado causa à invalidade do negócio, segundo a concepção de Von Jhering acerca da culpa in contrahendo. Por isto observa Grisi:

"Si spiega, quindi, come - all'epoca - fosse destinato al fallimento ogni tentativo di estendere la previsione di un obbligo di informazione al di là dei casi in cui esso fosse specificamente contemplato; si giustifica altresì - come già evidenziato - l'ostracismo manifestato verso la configurabilità, in quel sistema giuridico, di un obbligo generale di informazione posto in capo ai soggetti nella fase delle trattative contrattuali".²⁷

18. Retenhamos essa afirmação, tanto válida para o direito italiano quanto para o nosso: ela indica o que já havíamos assinalado no item 2.2, supra, isto é, que não podemos avaliar com as categorias do presente, valoradas segundo significações do presente, realidades e circunstâncias passadas. A observação remete, diretamente, ao dever de informar sobre os malefícios do tabaco.

É que, embora seja certo afirmar que, *in abstracto*, o princípio da boa-fé sempre esteve presente em nosso ordenamento - independentemente, mesmo, de sua recepção legislativa - não é menos certo que a presença in concreto desse princípio em sua atuação verdadeiramente

normativa (e, bem assim, a presença do dever de informação que dele deriva) é fato recente, não alcançando, portanto, a época em que o autor da ação (hoje um senhor com mais de 70 anos) começou a fumar. Assim também se verifica em outros ordenamentos. Assinala Muriel Fabre-Magnan, quanto ao direito francês, que "il est clair en effet que le développement des obligations d'information dans les contrats s'inscrit dans cette évolution tendant à la protection croissante du contractant plus faible".²⁸

19. Essa proteção, crescente, do contratante débil, pode ser feita, quanto ao dever de informar, por intermédio de *dois diversos meios técnicos*: ou se deriva o dever de informar de um princípio jurídico, ocorrendo a sua modelagem exclusivamente por via judicial, ou se pontua diretamente na lei os casos em que é devido, determinando-se na lei também a sua forma. Vejamos, primeiramente, quando o dever deriva do princípio da boa-fé, deixando para analisar em item próprio o caso da imposição do dever ex lege.

Em regra, a boa-fé é chamada, no que tange ao dever de informar, ou para preencher lacuna ou para otimizar o dever de colaboração, reduzindo a assimetria informativa. Averba Grisi em relação ao Direito italiano:

"Il concetto 'elastico' di buona fede - assunto nel significato oggettivo - è, quindi, alla base del riconoscimento della rilevanza giuridica del dovere precontrattuale di informazione, anche là dove manchi una specifica ed esplicita previsione legislativa; *salvo il problema, poi, di stabilire nel concreto la 'misura' di quella rilevanza*".²⁹

20. A referência à "medida da relevância", que acima grifei, é de imensa importância, pois nem sempre a dação de uma informação é exigível como dever e nem sempre o dever de informar se apresenta com a mesma intensidade. Observa acertadamente Grisi que a abstrata consideração de um dever de informar "di contenuto illimitato e destinato ad operare a tutto campo, non fotografa certamente la realtà".³⁰ Em primeiro lugar, é preciso discernir se a informação tem relevância no momento da conclusão do contrato - adquirindo peso no tocante à *formação do consentimento* - ou no momento de sua execução, pois, em cada um dos casos, a análise e as consequências jurídicas serão diversas. Em segundo lugar, é preciso ter presente as concretas hipóteses integrantes de cada um dos campos antes assinalados.

Em alguns casos - notadamente nos contratos paritários, nos quais há relativa igualdade entre as partes, o dever de informar convive com o ônus jurídico de informar-se, pois a diligência para com os próprios interesses decorre não só da autonomia privada, mas do próprio princípio da razoabilidade.

Em todos os casos, porém, seja nos contratos paritários ou não, de exponencial importância é a *delimitação do objeto material da obrigação de informar*, pois vigora a idéia de que os fatos notórios não são objeto do dever, como esclarece respeitadíssimo repertório jurídico:

"While notice or warning of danger is not required where no danger was reasonably to be anticipated, where the lack thereof did not contribute to the accident, or where the danger was known or obvious, notice or warning must be given where danger may be anticipated, as in the dangerous act or operation, or the dangerous or unsafe condition of property".³¹

A mesma concepção se verifica no direito italiano, para o qual, afirma Grisi:

"Non crediamo che (...) sia sufficiente accertare l'esistenza ab origine di dispari potenzialità di accesso all'informazione; devono - in particolare - valutarsi inequivocabilmente, sia l'assenza di colpa del soggetto 'ignaro, sia lo sfruttamento di tale 'debolezza' da parte del soggetto 'informato'. *Si la circostanza taciuta é di 'pubblico dominio' o potrebbe da chiunque essere appresa con un normale sforzo di diligenza, non v'è motivo di ritenere esigibile l'informazione*".³²

E assim também se observa entre nós, como anota recente monografia:

"Um limite *inerente* ao dever de informar é o conhecimento da informação. A tarefa do dever de informar - sob o ponto de vista geral - é simplesmente a de ampliar o conhecimento do devedor. Em outras situações encontramos o conhecimento como fator protetor. Quando o devedor conhece a informação, o dever de informar é satisfeito e se extingue. Quando há um conhecimento ante a existência da obrigação, a obrigação e o dever de informar ficam suprimidos. Um exemplo encontramos no erro por dolo. Quem já conhece um fato não pode ser enganado, nem por ação, nem por omissão. No direito dos seguros, o segurador não precisa avisar o sinistro quando o segurador já sabe do evento danoso (art. 1.457 do CC)".³³

21. Parece importante reter, nesse passo, porque os fatos notórios não constituem objeto do dever de informar: é que os bens jurídicos tutelados por esse dever *estão funcionalizados* na satisfação das legítimas expectativas do parceiro contratual e no objetivo de reequilibrar uma relação que nasceu ou tornou-se desequilibrada em virtude de uma assimetria informativa de base. Veja-se bem: legítima expectativa, ou justa expectativa, isto é, aquela assim caracterizada tendo em vista as concretas circunstâncias dos contratantes, segundo o standard da razoabilidade.

Ora, é razoável supor que não há "legítima expectativa frustrada" por não se ter informado o óbvio, aquilo que é por todos sabido, o que vigora, em uma determinada sociedade, como um senso comum.

Daí que, na doutrina francesa, por exemplo, se adote, como elemento relevante para avaliar o objeto material do dever de informar, o *critério da pertinência das informações*, isto é, a informação objeto da obrigação deve consistir num fato que se relacione com o objeto do contrato, seja útil para o contratante e cuja revelação não seja ilícita.³⁴ A utilidade está justamente em informar o contratante ignorante, em alertá-lo acerca do que não sabia e nem poderia saber usando de normal diligência, avaliada objetivamente, segundo os usos do tráfico jurídico.

Nesse sentido, creio que o autor da ação não pode, razoavelmente, sustentar que "não sabia" que o cigarro fazia mal à saúde. É uma afirmação que não seria crível segundo os padrões de razoabilidade. Estar-se-ia afrontando a razoabilidade supor que o autor nunca leu, em nenhum jornal, a notícia dos danos à saúde provocados pelo fumo; que nunca tenha ouvido, de parentes, amigos ou médicos, conselhos sobre o assunto; que nunca tenha participado de nenhuma roda social na qual se comentasse os malefícios do tabaco. Mas não é preciso enveredar pela argumentação *ad absurdum*: é o próprio autor a admitir - segundo informa o laudo pericial - que, por diversas vezes, "desde a juventude", fora advertido pelos médicos para parar de fumar.

Ora, se sabia dos malefícios do cigarro, qual a utilidade da informação de que o cigarro faz mal à saúde na formação do consentimento, a cada negócio jurídico de compra e venda de cigarros?

Observe-se que, para caracterizar a utilidade da informação no tocante à formação do consentimento, não é necessário estar de posse de informações técnicas detalhadas acerca dos possíveis malefícios do tabagismo, até porque esses malefícios estão associados a um complexo variável de fatores e nem foram todos conhecidos, pela ciência médica, num mesmo momento, como um "bloco de informações" que se dá por inteiro e definitivamente: também é processual a ciência acerca das especificidades e da extensão dos malefícios do fumo. Portanto basta, para a higidez do consentimento, a ciência, genérica, de que o cigarro faz mal à saúde. E essa é, incontrovertidamente, de há muito, uma informação notória.

22. Respondo, assim, ao *segundo e ao terceiro quesitos*: mesmo se desconsiderássemos a argumentação acerca da necessidade de contextualizar a compreensão/interpretação/aplicação do princípio da boa-fé objetiva; mesmo se fizéssemos tabula rasa das pautas metodológicas e operássemos uma "retroação da interpretação" da boa-fé, mesmo assim não se configuraria o dever de informar (até a vigência do Código de Defesa do Consumidor), porque a idéia de o fumo apresentar riscos à saúde constitui fato notório.

Sendo fato notório e de pleno conhecimento público, não ocorre a funcionalidade que justifica a existência do dever de informar: a de suprir a ignorância acerca do risco, diminuindo a assimetria informativa e colaborando para a dação de um consentimento informado para a conclusão do contrato.

Assim sendo, e *relativamente ao período em que o autor adquiriu o hábito de fumar, até a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor*, não se impunha, à Consulente, o dever de informar sobre os riscos derivados do tabagismo, seja em razão da inexistência de regra legal ou administrativa nesse sentido, seja da compreensão então conferida ao princípio da boa-fé e ao dever de informar. Como lógica conseqüência, se inexistia o dever, não pode haver a sua violação, e sem a violação de dever jurídico não há eficácia jurídica: a responsabilidade civil é eficácia da violação de dever pré-existente.

Assim, o exame do feito poderia aqui se encerrar, na medida em que o autor (ao delimitar os limites da lide) imputa o dano à sua saúde àquele momento inicial, quando adquiriu o hábito de fumar. Todavia, questiona a Consulente acerca da possibilidade de uma "retroação" do Código de Defesa do Consumidor, à vista da tutela do consumidor, retroação que seria a única via pela

qual essa legislação especial seria chamada a atuar, haja vista o curto período que medeia entre a sua vigência (março de 1991) e o ano em que o autor parou de adquirir cigarros (1992).

2.4 Da relação entre o dever de informar, o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição Federal

23. Averbai, linhas acima, que o dever de informar pode decorrer ou da concreção judicial de princípio jurídico ou de incidência de específica disposição legislativa. No âmbito das relações de consumo o dever é preponderantemente imposto pela lei. E, sendo imposto pela lei, o dever (nascido dessa imposição) só se caracteriza *havendo lei válida e eficaz*. As tautologias parecem ser necessárias para desfazer o equívoco de aplicar-se uma lei (ou seus conceitos) num período temporal antes de sua vigência, pois a retroação é uma forma de incluir-se no antes aquilo que vem lógica e cronologicamente depois.

Como é por todos sabido, o Código de Defesa do Consumidor constitui lei protetiva aos consumidores, que tem um dos seus eixos no *princípio da transparência das relações de consumo* (art. 4.º, caput). Assim, mesmo que os riscos provocados pelo cigarro sejam tidos como fato notório - e efetivamente o são - desde a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor há o dever de informar sobre os riscos do produto em razão de expressa determinação legal. É deste dever legal, que está conectado diretamente com o princípio da transparência, que agora cuidarei.

24. Determina o Código de Defesa do Consumidor, como "direito básico" dos consumidores, a "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre riscos que apresentem" (art. 6.º, III). Determina igualmente, no art. 9.º, que "o fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança, deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto".

Em razão do aí estatuído - e presente o princípio da transparência - é incontroverso que, mesmo se tratando de risco notório, há o dever de informar, pois a lei não distingue entre a notoriedade do risco ou não.

Porém, parece também incontroverso que - forte no dever de razoabilidade - deve o intérprete *mensurar a medida de intensidade desse dever à vista da sua notoriedade, ou não*.

A explicação dessa afirmativa repousa numa outra tautologia - nem sempre óbvia - que pode assim ser formulada: *as regras tutelares dos consumidores devem ser interpretadas tendo em vista a tutela dos consumidores*. Em outras palavras: a existência da regra de tutela acerca dos riscos do produto tem em conta advertir os consumidores sobre os riscos, em razão da assimetria informativa que é presumida (presunção absoluta) pela própria lei, ao aludir ao "reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo" (art. 4.º, I).

Se esses riscos são *ignorados*, aumenta a intensidade do dever de informar. Em contrapartida, se os riscos são notórios, os consumidores já estão advertidos, os riscos já não são ignorados, e a assimetria informativa é superada ou amenizada, de modo que diminui a intensidade do dever. Exemplifico: não será preciso uma longa cartilha para indicar que armas de fogo são perigosas: está na consciência comum a sua ínsita periculosidade, os riscos que apresenta um revólver na mão de qualquer pessoa. Diferentemente, um medicamento novo serve para tratar determinada doença, mas pode provocar o risco de gerar danos à saúde se ingerido incorretamente, se associado a outros medicamentos, se combinado a determinados problemas no organismo de quem o ingere etc. Há, portanto, uma potencial ignorância sobre os riscos que acarreta; por isso, o medicamento deve vir acompanhado de uma extensa "ficha técnica", indicativa de todos os seus componentes, dos riscos de associação com outras drogas, da nocividade específica para gestantes, cardíacos ou diabéticos etc.

É que, como antes sublinhei, o "direito básico" do art. 6.º, III, constitui, na verdade, um "direito-função", um direito que está *funcionalizado* em relação ao objetivo de transparência previsto no art. 4.º da lei protetiva, constituindo essa transparência, "um resultado prático, que a lei substancialmente persegue mediante o que se pode denominar princípio (e correspondentes deveres legais) de informação".³⁵

A funcionalização indica que o direito à informação não se justifica "em si", não é um direito subjetivo "absoluto" e bastante em si mesmo, mas encontra-se direcionado à asseguarção do consumidor contra os riscos, tendo em vista a sua *ignorância* acerca dos riscos, mensurada

segundo a legítima expectativa acerca do produto ou do serviço, da segurança que dele razoavelmente poderia esperar, conforme os usos, a consciência social, e o estado da ciência e da técnica na época em que o produto foi colocado em circulação.

Com efeito, a mais responsável doutrina consumerista reconhece que o Código de Defesa do Consumidor "não normatizou a utopia de produtos sem riscos ao consumidor. Ao contrário, os riscos à saúde e à segurança dos consumidores são aceitáveis, 'desde que normais e previsíveis' (arts. 8.º e 9.º)".³⁶

Se o produto é perigoso, ou nocivo, mas oferece "a segurança que dele legitimamente se espera", não é defeituoso, nos termos do art. 12 do CDC (LGL\1990\40). Se assim não fosse, todo o produto perigoso seria defeituoso. O fundamental é, portanto, compreender o critério da "segurança que do produto legitimamente se espera", tendo em conta a distinção, traçada doutrinariamente, entre a periculosidade *inerente* e periculosidade adquirida. Refere Benjamin:

"(...) para que a periculosidade seja reputada *inerente*, dois requisitos devem estar presentes: a normalidade e a previsibilidade. Têm elas que ver com a expectativa legítima dos consumidores. A regra geral é a de ver que os danos decorrentes da periculosidade inerente não dá ensejo ao dever de indenizar".³⁷

25. É que se a periculosidade (e também a nocividade) tem a ver com a "expectativa legítima dos consumidores" é porque essa expectativa é modelada, entre outros fatores, *objetivamente*, pelo que conhecem acerca do produto, isto é, por sua ciência ou ignorância acerca do que esperar do produto, em dado momento. Assim também se pronuncia Silvio Luis Ferreira da Rocha:

"A noção de defeituosidade do produto está ligada à expectativa do consumidor. Afirma-se, portanto, que um produto é defeituoso quando ele é mais perigoso para o consumidor ou usuário do que legitimamente ou razoavelmente se podia esperar".³⁸

Os incisos do § 1.º, do art. 12, do CDC (LGL\1990\40) auxiliam na concreção da expressão "defeito do produto", fixando as âncoras da sua contextualidade. A expectativa deve ser legítima: quanto a esse ponto, já observamos que, hoje em dia, não haveria um mínimo de razoabilidade em supor-se que o cigarro não acarreta nenhum risco à saúde em razão de "defeito de informação".

26. É preciso compreender o que seja o "defeito de informação". Ao tratar da responsabilidade por defeito de informação no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, observa, corretamente, Véra Fradera que a lei "aplicou uma 'ficção', considerando a falta de informação um 'defeito', ou seja, reificou, 'coisificou' um dever, mas *apenas* para esta relação especial de consumo".³⁹

Isso é, o Código de Defesa do Consumidor, ao classificar os defeitos do produto, afastou-se do critério meramente naturalista, inserindo a ausência de informação entre os defeitos que obedecem, assim, a uma concepção normativa. Porém, o afastamento do critério naturalista não significa que não exista uma real diferença entre, por exemplo, o defeito acarretado pela falta de uma trava de segurança num automóvel (a despeito de o projeto prevê-la) e aquele derivado da falta de informação sobre a quantidade de água adicionada a um litro de leite. A falta de trava sempre constituirá defeito, e a falta de informação, nem sempre. Observa com pertinência Tomasetti:

"O defeito de informação não está no produto ou no serviço, *mas no contexto e nas circunstâncias da correspondente oferta* (em sentido amplo) declarada no mercado de consumo, senão no contexto e nas circunstâncias da dinâmica característica às relações jurídicas de consumo".⁴⁰

Ora, já vimos que para esse contexto é o próprio Código de Defesa do Consumidor que remete à sociologia, determinando, no § 1.º do art. 12 e seus incisos II e III, dever ser considerado "defeituoso" o produto "quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera", levando-se em conta - para a concretização da "legítima expectativa" - os usos e os riscos que do produto razoavelmente se esperam e a época em que o produto foi colocado em circulação. Portanto, há uma íntima e necessária inter-relação entre os conceitos de periculosidade (e nocividade) e o contexto, demarcado pela legítima expectativa dos consumidores (derivada, objetivamente, do que sabem, ou não, acerca do produto, ciência essa aferida segundo "a concepção coletiva da sociedade de consumo"⁴¹).

27. Essa compreensão é de fundamental importância para que se alcance a interpretação do art. 12 do CDC (LGL\1990\40), fonte do dever de indenizar pelo fato do produto ou do serviço, pois constitui elemento essencial do suporte fático do art. 12 o *defeito do produto*, conceito cuja concretização depende, como vimos, da conjugação de todos aqueles elementos contextuais.

Nessa perspectiva, posso já alcançar respostas aos *quesitos quatro e cinco*: primeiramente, a idéia de defeituosidade do produto versada no Código de Defesa do Consumidor vigora no seu âmbito de aplicação, demarcando-se a exigibilidade de suas normas, no tempo, a partir da data de sua vigência. Seria, de fato, de todo incorreto fazer incidir sobre um "antes" uma regra que vem "depois": a retroeficácia só é possível quando expressamente prevista em lei, na medida em que permitida pela Constituição Federal (LGL\1988\3).

De outro lado, o cigarro é, nos termos do art. 12 da lei consumerista, um produto de "periculosidade inerente", o que não constitui defeito: legitimamente, ninguém pode esperar que o hábito do fumo não traga nenhum risco para a saúde. Assim sendo, e esses riscos não constituindo "defeito", não há sequer o nascimento do dever indenizatório, uma vez que a defeituosidade é elemento central do suporte fático de incidência da regra de responsabilização.

28. Não se esgota ainda aqui o questionamento: é preciso ainda atentar para a *forma de exercício do dever de informar* imposto ex lege.

O exercício do dever de informar ao consumidor acerca dos riscos provocados pelo "produto cigarro" conduz a perceber a incidência, conjunta, da Constituição Federal (LGL\1988\3), do Código de Defesa do Consumidor, da Lei Federal 9.294/96 e de atos administrativos de competência do Ministério da Saúde.

29. A Constituição Federal (LGL\1988\3) determinou, no art. 220, § 3.º, a restrição legal da propaganda de tabaco, estatuidando dever a mesma conter, "sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes do seu uso". Veja-se que, aqui, o espírito é *diverso* (embora não seja antagônico, mas convergente) ao do Código de Defesa do Consumidor: enquanto nesse o dever de informar do fabricante se apresenta como decorrência do princípio da transparência, visando advertir o consumidor contra os riscos do produto e proporcionar um consentimento informado, a regra constitucional visa um aspecto pedagógico ou educativo. E esse aspecto está em lembrar aos fumantes que o fumo faz mal à saúde, visando desestimular o hábito de fumar. Por isso a normativa constitucional diz respeito à propaganda de cigarros, introduzindo nessa um certo caráter educativo, por via de um contra-estímulo ao hábito de fumar.

Há, assim, a nítida *convergência* entre o visado pelo Código de Defesa do Consumidor (informar sobre os riscos para esclarecer o consentimento) e pela Constituição (informar sobre os riscos para oferecer desestímulo ao hábito de fumar). Enquanto no Código de Defesa do Consumidor o dever de informar tem um caráter diretamente informativo (pois fundado no princípio da transparência), na Constituição o mesmo dever tem um caráter educativo.

30. Visando tornar concreta essa função educativa do dever de informar sobre os malefícios do fumo, o Poder Público, já um pouco antes da entrada em vigor da Constituição, havia exarado a Portaria n. 490, de 25.08.1988, determinando medidas restritivas à propaganda de cigarros e a *adoção do dever de informar, nas próprias embalagens do produto*, "de forma clara e legível, em cores contrastantes, e sem que se faça referência a alguma disposição legal ou regulamentar, em área destacada de outras informações, inclusive do selo, a seguinte advertência: O Ministério da Saúde Adverte: Fumar É Prejudicial à Saúde".⁴²

O detalhamento da forma do dever já chegara, à época, a ponto de determinar o tipo de letra (fonte) em que escrita a advertência, operando, ainda, diversas outras restrições e indicações consoante o meio no qual veiculada a publicidade. E, nessa época (1988), o autor ainda era fumante, não sendo crível que nunca tivesse percebido, nos dois maços de cigarro que fumava, por dia, a advertência.

Em seqüência à vigência da Constituição Federal de 1988, foram publicadas as Portarias 731, de 31.05.1990; 1.050, de 08.08.1990; 2.169, de 24.12.1994, todas do Ministério da Saúde, que mantiveram e, inclusive, acresceram o dever de informar, preceituando a especificação de sua forma. A última portaria citada determinou o emprego, rotativo, de seis mensagens absolutamente explícitas acerca dos malefícios do cigarro.

Outros atos administrativos se sucederam - sempre explicitando, mais e mais, a informação acerca dos riscos do tabagismo - até que editada a Lei 9.294/96 ("Lei Murad"), que veio a vedar a propaganda comercial de produtos fumíferos em certos horários e em certos veículos e

estabelecendo, quanto ao dever de informar:

"Art. 1.º (...) § 2.º A propaganda conterà, nos meios de comunicação e em função de suas características, advertência escrita e/ou falada sobre os malefícios do fumo, através das seguintes frases, usadas seqüencialmente, de forma simultânea ou rotativa, nessa última hipótese devendo variar no máximo a cada cinco meses, todas precedidas da afirmação "O Ministério da Saúde Adverte":

- I - fumar pode causar doenças do coração e derrame cerebral;
- II - fumar pode causar câncer do pulmão, bronquite crônica e enfisema pulmonar;
- III - fumar durante a gravidez pode prejudicar o bebê;
- IV - quem fuma adocece mais de úlcera do estômago;
- V - evite fumar na presença de crianças;
- VI - fumar provoca diversos males à saúde".

O § 3.º contém, ainda, precisas indicações sobre a forma de exercício do dever legal de informar que compete aos fabricantes de produtos fumíferos.

É de notar-se que as posteriores Leis 9.782/99 e 10.167/2000, embora determinando outras restrições ao fumo e à sua propaganda, não alteraram, substancialmente, a forma de exercício do dever de informar sobre os riscos.

31. Ora, é evidente que, tendo a Constituição atribuído à lei federal a competência para dispor acerca da propaganda de cigarros; tendo a lei determinado que essa propaganda deveria ter, também, *caráter informativo*, especificando os termos e a forma da informação a ser dada; e, enfim, tendo sido incumbidas de cumprir com a informação (na forma pré-determinada) as próprias empresas fabricantes de cigarros, já estava cumprido o dever, posteriormente posto no Código de Defesa do Consumidor, de o fornecedor informar sobre os riscos inerentes ao produto.

Imaginar que se deve acrescentar à mensagem do Ministério da Saúde, impressa nas embalagens de cigarro pelos fabricantes, *outra* mensagem informativa sobre os riscos importaria em bis in idem em tudo e por tudo inútil aos objetivos visados complementarmente pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Constituição: o de proporcionar informação sobre os riscos do produto, objetivando oferecer ao consumidor a possibilidade do exercício de um consentimento informado, educando-o ou estimulando-o a deixar de fumar.

Da implementação, pelo Ministério da Saúde, já em setembro de 1988, do dever de informar - e de seu reforço em virtude da regra constitucional - uma outra conseqüência se impõe: a que o dever de informar, imposto *ex lege*, vem sendo cumprido desde então. Em outras palavras, desde antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor as empresas vêm cumprindo com o dever legal de informar sobre os riscos do cigarro.

32. Nessa perspectiva e pelos fundamentos antes expostos, posso responder aos *sexto e sétimo quesitos*: o cigarro é produto cujo risco é inerente, e não adquirido, de modo que o risco, por si só, não constitui "defeito" para as conseqüências previstas no art. 12 da lei consumerista. Haveria "defeito de informação" se os riscos fossem contextualmente desconhecidos, ignorados pelo "consumidor-padrão", e não fossem objeto de informação. Porém, tendo em vista a informação acerca dos malefícios que pode causar à saúde, constante da embalagem de cigarros e de sua propaganda, na forma legalmente determinada, não há como imaginar, também, a existência de defeituosidade no produto por falta de informação, não se configurando, assim, o dever de indenizar.

2.5 As condições da responsabilidade, em especial o nexo causal

33. Ao analisar os precedentes quesitos, registrei que, anteriormente à vigência do Código de Defesa do Consumidor, não estavam reunidas as condições de nascimento do dever indenizatório. Do mesmo modo, observei ser o "defeito do produto" elemento nuclear do suporte fático da responsabilidade pelo fato do produto. Assim sendo, mesmo se estendido o pedido do senhor J. S. M., para ver configurada a responsabilidade da Consulente pelo hábito de fumar do autor no período posterior ao da vigência do Código de Defesa do Consumidor, mesmo assim não se configuraria a responsabilidade.

Não obstante essas ponderações - que levam, ao meu juízo, à total improcedência do recurso -, é conveniente ainda examinar outras questões oferecidas pela Consulente, atinentes ao nexo

causal entre o dano sofrido pelo autor em sua saúde, em razão do hábito de fumar 40 (quarenta) cigarros por dia durante quase 50 (cinquenta) anos, e a atividade (lícita) da empresa de oferecer cigarros no mercado de consumo.

34. Sabe-se que pelo nexos causal é estabelecido se uma determinada ação pode ser considerada causa de determinado resultado. Em outras palavras, trata-se de saber da existência de um vínculo entre duas realidades, de forma que se reconheça que um dano é consequência de uma certa atividade ⁴³ou omissão.

Como se percebe, aí está um pressuposto que não pode jamais ser afastado do instituto da responsabilidade civil, sob pena de esta se transformar em um jogo de azar, numa cega loteria. É, talvez, de todos os pressupostos da responsabilidade, o mais de perto ancorado na perspectiva moral da ação humana, pois indica, primariamente, que se responde pelo dano injusto que se causa (imputação subjetiva). A lei, porém, pode ampliar este nexos, atribuindo a responsabilidade a quem não causou diretamente o dano, mas é tido, por um *nexos de imputação*, responsável pela segurança, ou pela garantia, ou pelo risco, integral ou mitigado (imputação objetiva). É o que ocorre na chamada responsabilidade objetiva, tal qual a contemplada no Código de Defesa do Consumidor para o fornecedor, pelo fato do produto.

35. Cumpre deixar claro que a imputação objetiva nem leva ao afastamento do nexos causal, nem sempre designa a mesma realidade jurídica: pode haver imputação objetiva pelo *risco integral* e pode haver pelo risco da atividade. Conforme o tipo de imputação, o que variará será a extensão do nexos causal. Por isso, tem razão quem sublinha ser a mais relevante questão, em matéria de nexos causal, a que diz respeito aos seus limites: aí o que se pergunta é até onde vai a extensão da responsabilidade pelo dano causado por ilícito absoluto ou relativo.

Tratando-se da incidência do Código de Defesa do Consumidor, admite hoje a doutrina, praticamente sem dissidências, ter sido adotada a teoria do *risco da atividade*. ⁴⁴Explica Sanseverino:

"Naturalmente, não se adotou a teoria do risco integral, que estabeleceria uma responsabilidade objetiva absoluta. Na imputação pelo risco da atividade ou do empreendimento, a responsabilidade do fornecedor é mitigada pela possibilidade de exclusão de determinadas causas". ⁴⁵

No mesmo sentido assinala Silvio Ferreira da Rocha, autorizado exegeta da lei consumerista:

"Essa responsabilidade, embora prescindida da prova de culpa, e, portanto, objetiva, não é uma responsabilidade por risco da empresa. Não é absoluta. Admite causas de exclusão (...)". ⁴⁶

Seja-me consentido um pequeno reparo terminológico: não há, propriamente, "mitigação da responsabilidade" em razão de certas causas, nem "causas de exclusão de responsabilidade": mitiga-se e exclui-se *o que é*. Porém, o que ocorre é que aí não se caracteriza a responsabilidade, em razão da intersecção de determinados fatores na cadeia causal. Corta-se o nexos de causalidade, cujo efeito seria (se somado às demais condições da responsabilidade civil) o nascimento da responsabilidade, com a consequente adstrição ao dever indenizatório.

Para responder à questão de saber até que ponto o ordenamento limita os efeitos indenizatórios em uma cadeia causal, duas principais teorias têm curso no Direito brasileiro: a equivalência das condições e a causalidade adequada.

36. Segundo a teoria da equivalência das condições ou da *conditio sine qua non*, constitui causa de determinado evento qualquer fator que, se imaginado inexistente o resultado, deixaria de se verificar. ⁴⁷Assim sendo, qualquer das condições que compõem a totalidade dos antecedentes é causa do resultado, se a sua inocorrência impedir a realização do evento. Dito de outro modo, são "equivalentemente causa" todas as condições imprescindíveis à sua produção, imprescindibilidade que se afere ao mentalmente verificar-se que, com a supressão da condição, suprime-se o resultado. ⁴⁸

Porém, para não eternizar a cadeia, a questão de fato - qual seja, a da verificação de uma relação de causalidade - é submetida a uma *consideração normativa* na medida em que a imputação do dano a alguém é questão claramente de direito. ⁴⁹Se assim não fosse, e se aplicada a teoria da equivalência das condições sem qualquer limite ou tempero, poder-se-ia alcançar a mais remota das condições pela simples circunstância de ser, mesmo que longinquamente, necessária igualmente à realização do resultado.

Por esta razão, Mario Punzo opina, corretamente, que, considerados todos os antecedentes lógicos e naturais do evento, é preciso ponderar que uns *têm valor diverso dos outros*, diferindo o que é simples antecedente daquilo que intervém de modo imediato e efetivo na produção do resultado. Assim, a seu ver, condições imediatamente efetivas são aquelas que "determinam a ruptura de equilíbrio de uma situação garantida pelo direito e a conseqüente passagem à situação vetada pelo direito".⁵⁰

Desse modo, podem ocorrer condições que são mera *ocasião* e condições que constituem propriamente causa: é mera ocasião a condição que não quebra o equilíbrio da situação levando àquela vedada pelo Direito, mesmo que não possa ser eliminada mentalmente do infinito processo causal.⁵¹

37. Por sua vez, a teoria da causalidade adequada, adotada na doutrina penal⁵² e aceita no âmbito do Direito Civil,⁵³ considera que o antecedente necessário alcança a qualidade de causa do evento se, em abstrato, possui idoneidade para o provocar. Conforme Reale Júnior, essa idoneidade é de ser aferida da experiência comum, segundo o que costuma suceder (*id quod plerumque accidit*), em face das relações de causalidade próprias do mundo natural. Aí prevalece um juízo de probabilidade a ser realizado mediante um retorno à situação em que ocorreu a ação para que, a partir dessa situação, examine o juiz se, em abstrato, a ação estava dotada de idoneidade a provocar o evento danoso, realizando-se, então, uma "prognose póstuma"⁵⁴. E é uma "prognose póstuma" porque determina-se a "idoneidade da conduta (concreta) ex post, ou seja, depois que os fatores causais tenham operado, mas através de um juízo ex ante".⁵⁵

Para delimitar os efeitos temporais da cadeia de causas, deve-se realizar uma *seleção* na análise da relação antecedente-conseqüente, a fim de saber se o antecedente guarda congruência com o evento, se há adequação entre a atividade pretendida como causa e o resultado, se a passagem da atividade como antecedente ao resultado como conseqüente sucede de forma congruente.⁵⁶ A adequação é um verdadeiro "requisito interno da relação causal", como afirma Paternitti,⁵⁷ razão pela qual, na seleção das condições, se deve buscar identificar aquela ou aquelas que "numa perspectiva de normalidade e adequação" apresentam séria probabilidade⁵⁸ de concretizar o resultado danoso.

38. Em face do art. 1.060 do CC, o STF⁵⁹ adotou posição acerca do nexa causal acolhendo uma terceira teoria (ou uma variante da teoria da causalidade adequada), que a doutrina denomina de *teoria da causalidade necessária*. Explica-a o mestre Agostinho Alvim:

"A Escola que melhor explica a teoria do dano direto e imediato é a que se reporta à *necessariedade da causa*.

(...)

Suposto certo dano, considera-se a causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente.

Ela é a causa necessária desse dano, porque ele a ela se filia necessariamente; é *causa única, porque opera por si, dispensadas outras causas*.

Assim, é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja a causa necessária, *por não existir outra que explique o mesmo dano*.

Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da inexecução.

Ora, a análise destes termos mostra, iniludivelmente, que a lei impõe a existência de um liame entre o inadimplemento da obrigação e o dano, de modo que o inadimplemento se atribua, com exclusividade, à causa do dano".⁶⁰

Após traçar - com a clareza que lhe é peculiar - os vários significados conotados aos termos "direto" e "imediato", conclui serem ambos, no texto legal, empregados como sinônimos, aduzindo:

"O que há, dentro da imperfeição da linguagem que Giorgi, Formica, Planiol, e muitos outros, reconhecem existir nesse ponto da lei, é apenas uma idéia reforçada por outra, *de modo a traduzir o conceito de necessariedade*.

O dano deve ser a conseqüência necessária da inexecução da obrigação.

A expressão direto e imediato *significa o nexo causal necessário*".⁶¹

Segundo essa teoria, a responsabilidade não se configura quando há a *interferência de outra causa*, pois, nesse caso, "esta causa mais próxima toma o lugar da causa primeira, rompendo o nexos de causalidade entre esta e o último dano".⁶² É justamente esse o ponto acolhido pelo STF no já aludido recurso extraordinário no qual foi relator o Min. Moreira Alves,⁶³ cujo voto observa:

"(...) Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no art. 1.060 do Código Civil (LGL\2002\400), a teoria adotada quanto ao nexos de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexos causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, *inclusive a objetiva*, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, agasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes (...). Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (...) só admite o nexos de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva".⁶⁴

As mesmas considerações, bem como o minucioso exame da jurisprudência também do STJ e da doutrina, levaram Gustavo Tepedino a considerar, em análise de caso concreto, "a interferência de inúmeras causas relevantes mais próximas, em conexão direta com o dano", de modo a levar à isenção da responsabilidade que se queria ver atribuída.⁶⁵

39. Transpondo esses ensinamentos para o caso em exame, poder-se-á observar que o hábito de fumar pode ter sido a *ocasião* do desenvolvimento da doença pulmonar, mas não a causa "direta e imediata", como exige o art. 1.060 do CC (art. 403 do novo CC), isto é, o fumo está associado à doença pulmonar, mas não se pode afirmar que seja a "causa necessária" do efetivo estado de saúde do autor. No quadro que apresenta interferiram outros fatores que podem ter afastado a relação de necessidade, tais quais a compulsão ao fumo (quarenta cigarros por dia), que é fator subjetivo, próprio do autor; o fato de levar vida sedentária; a circunstância de não cuidar habitualmente da saúde, a ponto de ignorar os reiterados conselhos médicos para parar de fumar que ouve, confessadamente, "desde a juventude".

Tanto não há nexos causal "direto e imediato", nos termos da teoria antes exposta, que nem todos os fumantes desenvolvem doenças pulmonares e nem todos os lesionados por doenças pulmonares são fumantes. Nesse sentido, são esclarecedores os laudos médicos e o depoimento pessoal do autor, dos quais se infere:

- a) que embora o cigarro possa causar dependência, nem sempre causa, havendo pessoas que fumam eventualmente, sem dificuldades;
- b) que mesmo causando dependência, é possível ao fumante que esteja motivado parar de fumar, sem auxílio médico ou psicológico, tanto assim que, cotidianamente, muitas pessoas o fazem;
- c) que o autor recebeu reiteradas vezes conselhos - revestidos da autoridade médica - para parar de fumar, mas decidiu ignorá-los;
- d) que o autor já apresentava dificuldades respiratórias graves ("falta de ar") e, mesmo assim, continuava a fumar;
- e) que enfarto do miocárdio (um dos danos alegados) é doença multifatorial, havendo, pois, variados fatores relacionados com a sua causa, além do hábito de fumar, não se podendo traçar uma escala hierárquica entre os vários fatores;
- f) que o autor levava vida sedentária e era "provável" portador de diabetes, além de ser identificado "stress" no seu organismo;
- g) que o enfisema pulmonar não é causa de infarto do miocárdio;
- h) que fatores genéticos, individuais e ambientais determinam a propensão para o desenvolvimento de doenças pulmonares que, portanto, também são multifatoriais;
- i) que pode haver "inferência", mas não "certeza" da relação de causa e efeito entre o fumo e a doença pulmonar, pois o fumo é um dentre os fatores que causam a doença, não sendo, todavia, sua "causa necessária", pois pode haver doença pulmonar em quem não fuma.

Esses dados indicam que não se pode estabelecer uma relação de causa e efeito "direta e imediata" entre a atividade desenvolvida pela Consulente e o dano causado à saúde do autor, ainda mais porque a vítima para tanto contribuiu, uma vez que não parou de fumar compulsivamente, embora alertado inclusive por ordem médica, mas a tanto, comprovadamente, não tendo diligenciado.

40. Resta examinar a questão da força da propaganda, que, segundo o autor, teria eliminado totalmente a sua liberdade e, portanto, a responsabilidade pelos próprios atos.

É certo que não existe "liberdade no vazio", o que levou Miguel Reale Júnior a dizer que "o homem tem não apenas uma liberdade situada, mas sitiada". ⁶⁶Inúmeros condicionamentos psíquicos, físicos, sociais, culturais e econômicos circundam a existência de cada um de nós, e muitos - notadamente os condicionamentos culturais - são estimulados pela propaganda, já que essa é uma de suas funções. Porém, muito embora se deva admitir a existência de condicionamentos, não se pode, mesmo no âmbito da tutela dos consumidores, abdicar totalmente do exercício do *sapere aude*. Ao "sítio" que se faz à liberdade, há um refúgio mínimo, sem o qual não se pode reconhecer a própria dignidade humana: é a liberdade de optar, de dizer, ao menos, "sim" ou "não", assumindo as conseqüências dessa escolha.

Como tive ocasião de lembrar, ⁶⁷chegamos ao limite daquilo que o filósofo francês Alain Finkelkraut denominou de "une société enfin devenue adolescente", ⁶⁸por querer, ao mesmo tempo, a inseqüência e a tutela, o "prazer de fumar" e a indenização por ter fumado.

A perspectiva adolescente conota à publicidade (ou à propaganda) missão verdadeiramente demiúrgica, a força de uma *vis compulsiva absoluta*, e o papel de reitora de uma "demissão", no sentido sartreano do termo: a demissão da própria possibilidade de opção. Porém, não é essa a eficácia reconhecida pelo Direito à publicidade: trata-se de uma atividade socialmente típica, em princípio lícita e cujos desvios para a ilicitude (abusividade e enganiosidade) são regulados e sancionados pela lei. ⁶⁹De notar-se, além do mais, que o autor imputa a força de vis compulsiva à publicidade vigorante à época em que adquiriu o hábito de fumar, não se podendo falar, portanto, em ilicitude por enganiosidade ou abusividade, conceitos trazidos muito recentemente pelo Código de Defesa do Consumidor, cujo conteúdo - já observei - não retroage.

No entanto, mesmo que assim não tivesse sido imputado pelo autor, seria atentatório ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e aos próprios princípios reitores do Código de Defesa do Consumidor, expressos no seu art. 4.º, considerar que somos totalmente manipuláveis pela propaganda, ou que o totalitarismo mediático não deixa nenhum espaço ao exercício da autonomia e da liberdade individuais. Seria conotar ao conceito de consumidor a idéia de inimputabilidade, de uma total irresponsabilidade pelos próprios atos e pelas próprias escolhas. Porém, assim não acontece, nem a ordem jurídica toleraria essa possibilidade. Por mais difícil que seja parar de fumar, quem assim deseja proceder tem sempre, à sua frente, a *possibilidade de uma opção*: parar ou não de fumar. A tomada de decisão é, consciente ou inconscientemente, determinada por um balanceamento de valores entre o prazer momentâneo e o dever para consigo próprio, para com a própria saúde e para com os próprios familiares.

Não se deve esquecer que a boa-fé - que está entre os princípios do art. 4.º do CDC (LGL\1990\40) - *dirige-se a ambos os partícipes da relação de consumo*: não é imposta apenas "contra" o fornecedor, antes impondo, ao fornecedor e ao consumidor, deveres de mútua colaboração, de diligência (inclusive consigo mesmo), de tutela (inclusive aos próprios legítimos interesses) e de consideração com os interesses alheios. Ao escolher continuar fumando, mesmo alertado pelos médicos, o autor foi negligente; ao entregar-se a 40 (quarenta) cigarros por dia, foi imprudente: o mínimo que se pode dizer, portanto, é que o autor contribuiu para com o dano pelo qual foi vitimado. Contraria frontalmente a boa-fé (podendo importar venire contra factum proprium) a conduta de quem, tendo, por anos a fio, mantido o hábito de fumar, estando bem esclarecido (até por médicos) acerca de seus possíveis malefícios, vem, depois, imputar o seu hábito a uma imaginosa vis compulsiva absoluta da propaganda de cigarros, para tirar proveito econômico de seu próprio hábito.

Por estas razões, respondo, ao *oitavo e último quesito* de forma negativa: não se estabeleceu o nexos causal, condição necessária à caracterização da responsabilidade civil.

É o meu parecer.

- (1) Detive-me sobre essas funções, entre outros textos, em *A boa-fé no direito privado*, São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 381-515; também em "A boa-fé como modelo: uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale" e "O novo Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro: em busca da 'ética da situação'", ambos em Judith Martins-Costa, Gerson Luiz Carlos Branco, *Diretrizes teóricas do novo Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 187-226 e 87-168, respectivamente; e ainda em "Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo", em Judith Martins-Costa (Org.), *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, garantias e direitos constitucionais fundamentais no direito privado*, São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 611-661.
- (2) VIOLA, F., ZACCARIA, F. *Diritto e interpretazione - Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma: Laterza, 1999. p. 428 - grifos originais.
- (3) Idem, ibidem.
- (4) Idem, ibidem.
- (5) GADAMER, H. G. *Verdad y método*. Tradução espanhola de Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. Salamanca: Sigueme, 1991. p. 331.
- (6) Idem, ibidem, p. 332 et seq.
- (7) ESSER, Joseph. *Precomprensione e scelta del método nel processo di individuazione del diritto*. Trad. Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: ESI, 1983. p. 4-5.
- (8) VIOLA, F., ZACCARIA, F. Op. cit., p. 428.
- (9) A partir dessa constatação Miguel Reale desenvolve a idéia do " *a priori* cultural", que está expressa, entre outras obras, em *Paradigmas da cultura contemporânea*, São Paulo: Saraiva, 1996.
- (10) GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 20 - grifamos.
- (11) GRAU, Eros Roberto. "Prática abusiva de mercado e abuso de poder econômico: revogação da lei anterior pela posterior e interpretação do Direito", *Revista Direito do Consumidor*, vol. 7, p. 190, São Paulo: Ed. RT.
- (12) Idem, ibidem, p. 191.
- (13) BAUDRILLARD, Jean. *La société de consommation - Ses mythes, ses structures*. Paris: Denoël, 1970. p. 199.
- (14) A expressão é de Natalino Irti, *Società civile*, Milão: Giuffrè, 1992, p. 16.
- (15) GRISI, Giuseppe. *L'obbligo precontrattuale di informazione*. Nápoles: Jovene, 1990. p. 3.
- (16) MOREIRA ALVES, J. C. "A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro", *Rivista Roma e América*, vol. 7, p. 194, Roma, 1999.
- (17) Notadamente em *A obrigação como processo*, tese de cátedra, Porto Alegre, 1964, posteriormente publicada (São Paulo: Bushatsky, 1976), e em "O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português", em *Estudos de direito civil brasileiro e português*, São Paulo: Ed. RT, 1986, p. 43-72.
- (18) COUTO E SILVA, Clóvis. "O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português", cit., p. 43.
- (19) SERPA LOPES. Miguel Maria. *Curso de direito civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

- (20) GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 1. ed. São Paulo: Ed. RT, 1967.
- (21) SILVEIRA, Alípio. *A boa-fé no Código Civil (LGL\2002\400)*. São Paulo: Universitária de Direito, 1973. t. I e II. Este, autor de um amplo estudo que procura distinguir entre a "boa-fé crença" e a "boa-fé lealdade", mesmo assim atribui, à segunda, o caráter de um estado subjetivado, como se observa pelos grupos de casos que analisa no segundo volume de sua obra.
- (22) ALMEIDA COSTA, Mario Júlio. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina (ora na 9.^a ed., 2001, e cuja 1.^a ed. é de 1968).
- (23) COUTO E SILVA, Clóvis. "O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português". In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 47.
- (24) Idem, *ibidem*, p. 61-62.
- (25) Tive a oportunidade de comentar algumas dessas decisões pioneiras, da lavra dos então Desembargadores Ruy Rosado de Aguiar Jr. e Adroaldo Furtado Fabrício, em "Princípio da boa-fé", revista *Ajuris*, vol. 50, p. 207-227, Porto Alegre, 1990.
- (26) CÍCERO. "De officis". Livro III, XII, n. 50 et seq., p. 148. *Os deveres*. Trad. Ângela Chiapeta. Martins Fontes, 1999.
- (27) GRISI, Giuseppe. Op. cit., p. 9. Em tradução livre: "Explica-se, pois, como - na época - estava destinada à falência qualquer tentativa de estender a previsão de um dever de informação para além dos casos nos quais esse [dever] fosse especificamente contemplado; justifica-se, também - como já evidenciado -, o ostracismo manifestado relativamente à configuração, naquele sistema jurídico, de um dever geral de informação atribuído aos sujeitos na fase das tratativas contratuais".
- (28) FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l'obligation d'information dans les contrats - Essai d'une théorie*. Paris: LGDJ, 1992. p. 45.
- (29) GRISI, Giuseppe. Op. cit. p. 81 - grifamos.
- (30) Idem, *ibidem*, p. 94.
- (31) *Corpus Juris Secundum*, v. 65, § 89, p. 1.029 - grifei.
- (32) GRISI, Giuseppe. Op. cit. p. 125 - grifei.
- (33) FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 156 - grifos meus.
- (34) FABRE-MAGNAN, Muriel. Op. cit. p. 132-151.
- (35) TOMASETTI JR., Alcides. "O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo". *Revista Direito do Consumidor*, vol. 4, p. 53, São Paulo: Ed. RT, 1993.
- (36) FERREIRA DA ROCHA, S. L. "A responsabilidade pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor". *Revista Direito do Consumidor*, vol. 5, p. 43, São Paulo: Ed. RT.
- (37) A propósito, Antonio Hermann Benjamin, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 50.
- (38) FERREIRA DA ROCHA, S. L. Op. loc. cit.
- (39) FRADERA, Véra M. Jacob de. "A interpretação da proibição da publicidade enganosa ou

abusiva à luz do princípio da boa-fé: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor". *Revista Direito do Consumidor*, vol. 4, p. 178, São Paulo: Ed. RT.

(40) TOMASETTI JR., Alcides. "O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo", cit., p. 65 - grifos nossos.

(41) A expressão é de Benjamin, que esclarece: "(...) o padrão não é estabelecido tendo por base a concepção individual do consumidor, mas, muito ao contrário, a concepção coletiva da sociedade de consumo" (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 50).

(42) Portaria MS n. 490/88, item II.

(43) REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 246.

(44) Para o exame da doutrina, veja-se Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, *Responsabilidade civil do consumidor e a defesa do fornecedor*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 174-180.

(45) Idem, ibidem, p. 180.

(46) FERREIRA DA ROCHA, S. L. Op. cit. p. 39.

(47) Veja-se, dentre a vasta doutrina, Miguel Reale Júnior, *Instituições de direito penal*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 251-254; Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Op. cit., p. 238-239; Mario Punzo. *Il problema della causalità materiale*. Pádua: Cedam, 1951. p. 37.

(48) REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 178.

(49) REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 252.

(50) PUNZO, Mario. Op. cit. p. 44.

(51) Idem, ibidem, p. 46.

(52) Assim relata Miguel Reale Júnior, *Instituições de direito penal*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 248, fazendo alusão à obra de Paulo José Costa Júnior, *Do nexo causal*, São Paulo: Saraiva, 1964, p. 100, e à de Fernando Diaz Palos, *La causalidad material en el delito*, Barcelona: Bosch, 1954, p. 60.

(53) CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 60-63; CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 712. No Código Civil (LGL\2002\400) não há uma opção clara, seja pela teoria da causalidade adequada, seja pela da equivalência das condições, de modo que a jurisprudência tem adotado ora uma ora outra teoria, afirma Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 243. O STF acolhe, como se verá oportunamente, uma variante da teoria da causalidade adequada, qual seja a teoria da "causalidade necessária".

(54) REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 248-249.

(55) COSTA JÚNIOR, Paulo José. Op. cit. p. 98.

(56) REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 248-249.

(57) PATERNITTI, Carlo. *La causa del fatto-reato*. Milão: Giuffrè, 1994. p. 66 et. seq. Apud REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 249.

(58) MARTINS DA CRUZ, Branca. "Responsabilidade civil pelo dano ecológico: alguns problemas". *Revista de Direito Ambiental*, n. 5, p. 5-41, especialmente p. 31, jan.-mar. 1997.

(59) STF, RE 130.764-1/PR, 1.ª T., rel. Min. José Carlos Moreira Alves, j. 12.05.1992, RTJ 143/270.

(60) ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. n. 222, p. 358 - grifei.

(61) Idem, ibidem, n. 223, p. 359-360 - grifei.

(62) Idem, ibidem, n. 224, p. 361.

(63) STF, RE 130.764-1/PR, 1.ª T., rel. Min. José Carlos Moreira Alves, j. 12.05.1992, RTJ 143/270.

(64) Grifos meus.

(65) TEPEDINO, Gustavo. "Notas sobre o nexos de causalidade". *Revista Jurídica*, ano 50, n. 296, p. 7-18, jun. 2002.

(66) REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 207.

(67) "Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo". In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, garantias e direitos constitucionais fundamentais no direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 611-661.

(68) FINKELKRAUT, Alain. *La défaite de la pensée*. Paris: Gallimard, 1987. p. 168.

(69) Acerca da eficácia da publicidade, veja-se Adalberto Pasqualotto, *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 1997.