

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 15/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29920-direito-de-n-o-fumar>

Autore: José Geraldo da Fonseca

Direito de não fumar

Estudo do “Venire Contra Factum Proprium” na propaganda de cigarros

DIREITO DE NÃO FUMAR

— Estudo do “*Venire Contra Factum Proprium*” na propaganda de cigarros —
José Geraldo da Fonseca¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Boa-fé; 3. “*Venire contra factum proprium*”; 4. Direito de Não Fumar.

Introdução

Para o direito, *bem* é tudo o que satisfaça a uma necessidade de alguém. O cigarro, ainda que faça mal à saúde, é um *bem* em sentido jurídico. O conceito de *bem* como aquilo que não prejudica a ninguém deixa de ser jurídico para se transformar num sofisma quando, levado ao subjetivismo, passa a depender do que as pessoas entendam por bem². Eis o paradoxo: o cigarro é um bem que faz mal.

A literatura médica afirma que o tabaco usado no cigarro contém cerca de 4.000 substâncias tóxicas. Quem fuma um maço de cigarros por dia absorve, em um ano, o equivalente a uma xícara de alcatrão e, em vinte anos, a seis quilos de poeira³. Entre outras imundícies, a nicotina do cigarro contém formol, acroleína e gases agressivos como monóxido de carbono e óxido de nitrogênio. Em relação ao não-fumante, o fumante tem risco de cem a oitocentas vezes maior de contrair infecções respiratórias bacterianas e viróticas agudas e crônicas, câncer de pulmão e de boca, laringe,

¹ Desembargador Federal do Trabalho (RJ), Membro da Comissão de Jurisprudência e da Sessão Especializada em Dissídios Individuais (SEDI) do TRT/RJ, do Conselho Científico da Escola Superior de Advocacia Trabalhista (ESAT), do Instituto de Direito Social Cesarino Junior, do Conselho Consultivo do Jornal “*A Gazeta de Notícias*”, Presidente do Conselho Consultivo da Escola de Aperfeiçoamento e Capacitação de Servidores (ESACS) do TRT/RJ, Especialista em Direito Processual Civil (PUC/SP) e em Direito Processual do Trabalho (UFF/RJ), escritor, articulista e professor universitário.

² SÁ, Antônio Lopes. **Ética e Valores Humanos**. Curitiba: Juruá, 2008, p.19.

³ Estudos da *Associazione Svizzera Non-fumatori*(ASNF), disponível em <http://www.lugano-ticino.com/asnf/asnf-b.htm>, acesso em 26/6/2010.

esôfago, pâncreas, rim e bexiga e doenças circulatórias como arteriosclerose e aneurisma da aorta⁴.

Se admito a existência de um hipotético direito de abdicar da saúde pelo consumo reiterado de cigarro porque isso derivaria, em tese, do *livre-arbítrio*⁵ do usuário, tenho de admitir um direito correspectivo — o *direito de não fumar* —, que traduz a negação daquele, ou pelo menos um contradireito que anula aquele ato de disposição cujos efeitos trespassam a pessoa do usuário para atingir terceiros que, no exercício de um mesmo livre-arbítrio, decidiram não fumar, já que o fumante indireto é tão vítima do tabagismo quanto o fumante direto⁶. Não sendo possível exercer o *direito de não fumar* contra o fumante direto, porque uma ação desse tipo invadiria a sua escritura de pessoa, o seu estatuto mínimo como sujeito de direitos na ordem jurídica interna e na sua esfera pública de atuação, deveria ser, em tese, endereçado contra o Estado, em face do fabricante de cigarros, de modo a obrigá-lo a abster-se de permitir ou fomentar o plantio, a industrialização e o comércio de um produto potencialmente nocivo porque isso fere a *boa-fé objetiva* do consumidor⁷, despreza o princípio da *função social da empresa* e endossa o *comportamento contraditório* do fabricante de tabaco.

⁴ OLIVEIRA, Amanda Flávia. **Direito de (não) fumar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.64. Segundo notícia do site da *Associazione Svizzera Non-fumatori*(ASNF), disponível em <http://www.lugano-ticino.com/asnf/asnf-b.htm>, metade dos que começam a fumar na adolescência morre por causa do cigarro; os que contraem o vício entre 35 e 59 anos diminuem em 20 ou 25 anos a expectativa de vida em relação aos não-fumantes.

⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **A dependência ao tabaco e a sua influência na capacidade jurídica do indivíduo. A caracterização de defeito no produto sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor** in LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). **Estudos e Pareceres sobre Livre-arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente — O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 71.

⁶ RAWLS, John. **Justiça como Equidade**. São Paulo: Martins Fontes, 1ª ed., 2003, p.60/61.

⁷ GIDDENS, Anthony. **The consequences of Modernity**, trad. de Raul Fiker. São Paulo: UNESP,1990, p.36/43.

Boa-fé

Boa-fé não significa um juízo antecipado e absoluto. A doutrina costuma dizer que a nicotina não vicia⁸; o fumante não foi induzido ao uso do cigarro pela propaganda⁹; a decisão de fumar decorre do *livre-arbítrio* do consumidor¹⁰; não há prova de que as eventuais lesões físicas, neurológicas ou psíquicas defluentes do tabagismo não ocorreriam se as vítimas não fossem fumantes¹¹; o vício do cigarro é *culpa exclusiva da vítima* e exonera a indústria do fumo do dever de indenizar¹²; o fabricante cumpre o *dever fiduciário* de *informação* quando avisa nas embalagens de cigarro e nas peças de publicidade que o fumo *pode fazer* mal à saúde e isso basta para inibir o dever de reparar o dano do tabagismo¹³; eventuais doenças decorrentes do uso do tabaco compõem o *risco inerente* do

⁸ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Op.cit., p. 70.

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Análise da licitude da publicidade de cigarros à luz do Código de Defesa do Consumidor** in LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). **Estudos e Pareceres sobre Livre-arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente — O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.172/173.

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra os fabricantes de cigarro** in LOPEZ, Teresa Ancona (Org.). **Livre-arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente — O Paradigma do Tabaco: Aspectos civis e processuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 195/238.

¹¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. **A causalidade nas ações indenizatórias por danos atribuídos ao consumo de cigarros** in LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). **Estudos e Pareceres sobre Livre-arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente — O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 252/253.

¹² LACERDA, Galeno. **Liberdade-Responsabilidade: assunção de risco e a culpa exclusiva do fumante como excludente de responsabilidade do fabricante de cigarros** in LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). **Estudos e Pareceres sobre Livre-arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente — O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 183.

¹³ MARTINS-COSTA, Judith. **Ação indenizatória. Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo**. in LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). **Estudos e Pareceres sobre Livre-arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente — O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 277/318.

produto¹⁴; não é possível emprestar ao cigarro o conceito de *defeito do produto*, de modo a atrair a responsabilidade do fabricante; deixar de fumar é uma *decisão anímica* que o próprio fumante pode tomar sem qualquer auxílio médico ou terapêutico¹⁵.

É sobrado de dúvida que essas premissas ferem a *boa-fé objetiva* e a *expectativa legítima* do consumidor. Ninguém consome um produto *inteiramente* ciente de que lhe vai fazer mal à saúde. Se o fabricante tem elementos para supor que o produto que põe no mercado é nocivo, não deve fazê-lo, sob pena de agir de má-fé¹⁶. O conceito de boa-fé extrai-se do de dolo; dolo é o oposto de boa-fé; se a boa-fé, que é a consciência de não agir ilicitamente, exclui o dolo, segue-se que o dolo outra coisa não é senão o agir com a consciência da ilicitude da ação¹⁷. Está de boa-fé quem age sem malícia, sem ardid, quem não contrata para se locupletar à custa do erro, da ignorância ou da pureza de intenções da contraparte. A *boa-fé objetiva* não visa à proteção desta ou daquela parte, mas à sujeição de ambas, de modo a atrelá-las, “em igual medida, aos padrões objetivos de lealdade e colaboração para os fins contratuais”¹⁸. Não se trata de reduzi-la a uma relação tarifada de comportamentos, mas é urgente impor limites. É preciso manter o conceito de boa-fé dentro das “fronteiras mínimas de razoabilidade”¹⁹. Na *boa-fé subjetiva*, é prevalente a ideia de

¹⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde** in LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). **Estudos e Pareceres sobre Livre-arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente — O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 350/351.

¹⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Op.cit., p.77.

¹⁶ NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. São Paulo: RT, 2009, p.281.

¹⁷ MILHOMENS, Jônatas. **Da Presunção de Boa-Fé no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1961, 1ª ed. p.24/25.

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil in Obrigações — Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.33.

¹⁹ MENEZES CORDEIRO. Antônio Manuel da Rocha. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, 3ª impressão, p. 13/14.

ignorância das consequências do exercício do direito; a parte age na crença sincera de que detém o direito e de que pode exercê-lo daquela maneira²⁰. Não há intenção de prejudicar. A diferença entre a boa-fé subjetiva e a objetiva está em que a primeira diz respeito a algo interior ao sujeito, e a segunda, a algo exterior. A primeira é um estado anímico. Na segunda, além de fazer valer o seu direito, uma parte tem de se comportar de tal modo que não prejudique interesses legítimos do outro contratante, concorrendo, efetivamente, para que o contrato se realize da forma combinada. Na aferição da boa-fé subjetiva considera-se a intenção da parte, o seu estado psicológico no momento de contrair a obrigação, com o que má-fé passa a ser todo comportamento evidenciado da intenção (*volição*) de prejudicar o outro; a parte crê, ainda que de modo errado, que pratica o ato no exercício do seu direito, dentro do que foi pactuado, e não lhe ocorre que nesse exercitar possa estar prejudicando o direito de outrem; na boa-fé objetiva, cumpre a cada contratante portar-se com lealdade e correção, vedados a malícia, o ardil, a astúcia que leva à obtenção de vantagens extorsivas a prejuízo da confiança da contraparte²¹. Não basta exigir o cumprimento da obrigação; é preciso que também concorra para que a obrigação se resolva nos limites pactuados e sem ônus adicionais além dos normalmente esperados para aquele tipo de situação jurídica²².

Na boa-fé objetiva — já que é regra preceptiva e de comportamento, arrimada na retidão, na honestidade e no dever de

²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.411-412 *apud* TEPEDINO, Gustavo(Org.) e SCHREIBER, Anderson. *Op.cit.*, p.30.

²¹ GOMES, Orlando. **O princípio da boa-fé no Código Civil português** in **Ensaio de direito civil e de direito do Trabalho**, Rio de Janeiro: AIDE, 1986, p.50-55.

²² COUTO E SILVA, Clóvis V. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 30/43.

colaboração para com o outro —, o que conta é o comportamento exteriorizado, o que passa a vincular a parte não apenas aos deveres expressamente ajustados, mas àqueles outros tantos que possam derivar da confiança legítima da contraparte, ainda que não estipulados expressamente²³. A doutrina diz que o cigarro é uma droga lícita, e lícitos são, por óbvio, sua produção e comércio. Fiando-se nisso, entende não haver obrigação de indenizar porque o ilícito, que reclama indenização, surge da transgressão de uma norma, e a norma impõe o lícito²⁴. A premissa foi intencionalmente desvirtuada. Indenizar é pagar o dano, e dano pode surgir de uma invasão lícita. Fala-se, hoje, numa categoria de deveres chamada *fiduciários*. *Fiduciário* ou *anexo* é todo dever inexpresso, lateral à obrigação. É um *débito de confiabilidade* que permeia as obrigações e que, tanto quanto os deveres escritos, obriga no comércio jurídico. Buscam “a relevância da pessoa concretamente considerada”²⁵. Uma conduta que se arrime na boa-fé objetiva impõe às partes o dever de se comportar eticamente em relação à contraparte e terceiros, não apenas até o limite ditado pela obrigação de respeitar o que efetivamente foi combinado, mas o de suportar, da mesma forma, e com igual intensidade, também os deveres instrumentais, acessórios, anexos ou *fiduciários*. Entre os deveres fiduciários largamente falados a doutrina refere os de *informação*, o de *segurança*, o de *sigilo*, o de *colaboração* para que o contrato se realize

²³ MEIRELES, Edilton. **Abuso do Direito na Relação de Emprego**. São Paulo: LTr, 2005, p.56-57.

²⁴ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Iniciativa judicial e prova documental procedente da Internet. Fatos notórios e máximas da experiência no direito probatório: a determinação processual do nexos causal e os limites do poder de instrução do juiz** in LOPEZ, Teresa Ancona(Org.). **Estudos e Pareceres sobre Livre-arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente —O paradigma do tabaco — Aspectos civis e processuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.29.

²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Adimplemento e Inadimplemento**. Palestra proferida na EMERJ/RJ em 8/3/2002 — Seminário EMERJ Debate o Novo Código Civil, realizado na EMERJ entre Fe/junho de 2002 — Publicação: Revista da EMERJ, Edição Especial de 2002.

nos termos e fins para o qual foi celebrado, o de *proteção*, o de *afastar danos*, e os *atos de vigilância, guarda, cooperação e assistência*. São cláusulas abertas que não comportam delimitação taxativa. Sua extensão varia de caso a caso e, de acordo com o tipo de contrato, e com o sentido da boa-fé objetiva que a interpretação desse contrato demanda, se podem constituir em um *fazer* ou em um *não-fazer*²⁶. A fumo faz mal à saúde. Isso é uma evidência médica. A indústria do tabaco não pode continuar associando o uso do cigarro a uma vida esplêndida nem sonegar ao consumidor informações técnicas sobre o poder destrutivo do tabaco, sob pena de descumprir deveres fiduciários primários, como os de informação e segurança²⁷.

“Venire Contra Factum Proprium”

Não há consenso na doutrina sobre se o “*nemo potest venire contra factum proprium*” — “ninguém pode contravir o próprio fato”— se aplica aos fabricantes de cigarros²⁸. Segundo esse princípio, ninguém pode despertar na contraparte uma expectativa legítima em razão de certo comportamento e, sem mais, desdizer-se, quebrando aquela expectativa de que manteria o comportamento anunciado na conduta inicial. Proibir o comportamento contraditório significa “tutelar todas as expectativas legítimas despertadas no convívio social independentemente de qualquer norma específica” porque todos os fatos sociais, qualquer que seja a significância, têm juridicidade²⁹. O *venire* é um princípio geral de direito de tutela da confiança. A complexidade e o constante estreitamento das relações

²⁶ MENEZES CORDEIRO. Op.cit., p.82.

²⁷ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica — Para uma Teoria da Dogmática Jurídica**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006, 2ª ed., p.143.

²⁸ TEPEDINO, Gustavo. Op.cit., p.219/222.

²⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.90-91.

interpessoais, ao mesmo tempo em que ampliam os limites de uma existência virtual do homem, diminuem os espaços físicos onde o livre-arbítrio possa ser exercitado. Isso faz com que os limites do direito de um e de outro se tornem cada dia mais tênues, rarefeitos, imperceptíveis, aumentando a frequência das invasões ilícitas no patrimônio jurídico do outro. O fim do direito, hoje, é proteger a dignidade humana, e esta se imbrica com a *solidariedade*. O próprio conceito de solidariedade tem nova roupagem. O que se busca não é só o desenvolvimento do grupo, como se um punhado de pessoas formasse uma entidade metafísica que o direito devesse proteger, mas o aperfeiçoamento diuturno da personalidade de cada integrante dos vários grupos atuantes no tecido social. Esse novo perfil do *solidarismo* contrapõe-se à ética liberal. Proibir o comportamento contraditório não é transpor o muro da liberdade individual para ditar limites ao direito subjetivo que cada um tem de realizar o negócio jurídico como melhor lhe aprouver, mas tutelar a confiança e a boa-fé objetiva daquele que contratou com o outro, e supôs que, no interesse de ambos, o comportamento inicial no qual depositou sua confiança legítima não seria alterado sem razão relevante.

Na configuração do comportamento contraditório exigem-se dois comportamentos — *ambos lícitos* —, espaçados no tempo, sendo o primeiro — *fato próprio* — contrariado pelo segundo. Se o comportamento que se supõe contrário ao *fato próprio* constitui violação de um dever específico, determinado e com consequências jurídicas *a priori* definidas na lei ou no próprio contrato, a hipótese será de violação da obrigação ou do contrato (inadimplemento), e não de comportamento contraditório³⁰ porque a infração legal ou

³⁰ MEIRELES, Edilton. Op.cit. p.69.

contratual tem disciplina própria e o *venire* serve justamente à regulação daquelas ações que se situam no vácuo do direito posto.

O culto à proibição da contradição ao *fato próprio* decorre da evidência de que o sistema jurídico não tem resposta eficiente³¹ para grande parte dos conflitos nascidos em uma sociedade formatada por relações interpessoais e de massa cada dia mais difusas, urgentes e complexas³². *Comportamento contraditório* é o exercício de uma posição jurídica contrária a outra que, tendo sido assumida anteriormente (*fato próprio*), gerou na contraparte uma *expectativa legítima* de que seria mantida³³. Em princípio, *fato próprio* é uma conduta não-vinculante, não hospedada pelo direito. Essa conduta passa a vincular se transcender a esfera do praticante e repercutir na contraparte tão eficientemente que desperte nela a confiança legítima de que não será contrariada. Enquanto um fato positivo não autorizar o contrário, presume-se que o ato jurídico se praticou de boa-fé, notadamente porque a conduta que se quer proteger por meio do *venire* é, em regra, mantida à margem do direito legal — o direito da lei —.

O *comportamento contraditório* do produtor do tabaco não está no fato de alegar, em defesa, que o risco inerente do produto era conhecido, mas em oferecer um produto aparentemente inofensivo, sabendo-o danoso à saúde pública. A indústria do tabaco não nega que o fumo seja prejudicial à saúde, mas anuncia os seus produtos associando o consumo à virilidade, ao sucesso social, ao vigor físico³⁴ e, nas defesas judiciais, sustenta a tese de que o *risco inerente* ao consumo do produto era notório, não tendo havido

³¹ ROCHA, Cesar Asfor. **Cartas a um jovem juiz**. Rio de Janeiro: Campus, 2009, p. 59/63.

³² SCHREIBER, Anderson. Op.cit. p.126.

³³ CORDEIRO, Menezes. Op.cit. p.899.

³⁴ CDC, art.3º, §1º, I a VI.

quebra da *confiança legítima*. O fato de cumprir, por força de lei, o *dever fiduciário* de informar nos maços de cigarro e nas campanhas de publicidade que o cigarro é prejudicial à saúde não apaga a evidência de que esconde os malefícios da droga e de que se serve, nesse propósito, de paisagens paradisíacas, pessoas socialmente vitoriosas, sucesso profissional ou esportivo³⁵. Esse prazer artificial e ilusório assegurado pela publicidade de cigarros fere a *boa-fé objetiva* que se espera da relação ética entre o fornecedor e o usuário e agride a *confiança legítima* do consumidor. Quando se diz *confiança legítima*, diz-se, em suma, da crença que a contraparte razoavelmente tem de que o comportante não modificará a conduta inicial porque não revelou qualquer indício de que o primeiro comportamento não fosse o desejado. É a que deriva de uma conduta imputável à outra parte no sentido de que poderia se acomodar à situação informada pelo comportamento inicial por absoluta ausência de qualquer indício de que aquela primeira conduta pudesse ser alterada no curso da relação obrigacional ou do contrato sem a interferência de qualquer fato alheio à força ou à vontade dos contratantes³⁶. Inferir se certo comportamento despertou no outro *confiança legítima* é um processo subjetivo que nem sempre pode se apoiar em indícios visíveis ou elementos concretos. Talvez por isso não se exija prova absoluta desse estado anímico. O que se busca é o direito justo, o justo concreto ou o direito concreto que somente se pode formatar na pessoa concretamente considerada³⁷. Repudia à noção tuitiva do *venire* esperar da parte que suporta a seqüela do comportamento contrariado que prove aos punhados tanto a existência da conduta

³⁵ CDC, art.3º, §2º, I a V.

³⁶ WESTERMANN, Harm Peter. **Código Civil alemão — Direito das Obrigações**, Porto Alegre: Fabris, 1983, p.46.

³⁷ CORDEIRO, Menezes. Op.cit.p.759.

preliminar quanto a sua contrariedade e, mais ainda, o prejuízo efetivo e a extensão do dano dela advindos³⁸. Se o *fato próprio* devesse ou pudesse ser provado com tal fartura de detalhes o direito posto já se teria ocupado dele e o enquadrado em uma de suas múltiplas categorias normativas³⁹. A *confiança legítima* que justifica a tutela é um estado psicológico, de boa-fé, e como boa-fé se presume, quem reclama direitos ligados a ela não tem prova a fazer. Até que ponto o comportamento inicial repercutiu na esfera íntima da parte e lhe despertou confiança legítima é questão de ver em concreto, objetiva e subjetivamente, tanto em relação a quem se comporta contraditoriamente como em face daquele que disse ter eficazmente confiado na manutenção da conduta. O *fato próprio* — ou conduta inicial — é qualquer comportamento da parte, até mesmo o antijurídico ou o não-vinculante. É todo acontecimento derivado da atuação humana. A relevância do *factum proprium* não é jurídica, mas fática. O que se exige do fato próprio não é que seja vinculante nem juridicamente relevante ou eficaz, mas que possa, sob o ponto de vista fático e objetivo, repercutir na esfera alheia, gerando legítima confiança. Basta que desse comportamento derive ou possa derivar um comportamento da contraparte fundado na confiança razoável de que não será abruptamente alterado para que se erija a proibição de que seja modificado. Para a incidência do *venire* é preciso que o direito positivo não tenha emprestado ao fato próprio nenhuma consideração. Daí o equívoco de supor que o fato próprio somente é determinante para o estudo do comportamento contraditório se o fato próprio for, ao mesmo tempo, juridicamente relevante ou eficaz. Ao *venire* não é relevante se a conduta inicial é

³⁸ MILHOMES, Jônatas. Op.cit.pp.54/55.

³⁹ HART. L.A. Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p.128/135.

jurídica ou antijurídica ou se o comportamento contraditório foi acidental ou objetivamente desejado com a intenção de prejudicar. Se, de antemão, o fato próprio fosse juridicamente relevante ou eficaz, o sistema por certo já o teria protegido e estipulado as consequências jurídicas da sua contrariedade. Nesse caso, toda a construção do *venire* seria imprópria ou inútil⁴⁰. É justamente o oposto. Exatamente pelo descaso do direito posto é que o *fato próprio* ganha relevância, e não é por outro senão por esse motivo que se torna necessário ressaltar que a base ética da sua juridicidade é a tutela da confiança. Importa saber se aquela conduta inicial é ou não vinculante, isto é, se é ou não suficientemente apta a despertar na contraparte a legítima confiança de que não seria contrariada, e qual o prejuízo potencial ou efetivo causado na parte que, de boa-fé, confiou na conduta do outro⁴¹. Sobra a evidência de que não se pode desprezar a circunstância de o fato próprio não ser, em princípio, um ato vinculante, pois nisso talvez resida a sua essência. Ao atuar sobre condutas inicialmente ao desabrigo de qualquer proteção jurídica tradicional o *venire* as converte em condutas juridicamente relevantes e passa a inibir outras condutas que as possam contrariar, ainda que decorrentes do exercício de um direito. A necessidade da tutela da confiança desloca o eixo de preocupação do direito para os efeitos práticos de certas condutas, e não apenas as suas fontes. Despreza-se a vontade individual como fonte primária de obrigações e prestigia-se o *solidarismo*, atribuindo eficácia obrigacional ao comportamento independentemente da vontade ou da intenção do sujeito. O fato próprio é um comportamento juridicamente irrelevante aos olhos tradicionais do

⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. Op. cit. p.129.

⁴¹ DIEZ-PICAZO. *La Doctrina de los actos propios*, p.197 *apud* SCHREIBER, Anderson. Op. cit. p.130.

direito, e talvez seja essa a sua faceta mais útil, ou intrigante: *judicializar* essas condutas para chamar a atenção do direito e permitir — ao menos em tese — a correção das injustiças advindas do formalismo excessivo desse direito costumado ao padrão normativo que está nos manuais e nas cartilhas de processo. Nessa releitura, o comportamento contraditório deixa de ser objeto de repressão e passa a regra de proteção da *boa-fé objetiva* pois inibe a quebra da confiança legítima de que aquele comportamento inicial seria mantido. A contradição não agride apenas a expectativa de uma coerência de condutas, mas a confiança despertada na outra parte ou em terceiros de que aquela conduta inicial seria efetivamente respeitada. Tudo o que se exige é que essa conduta inicial — o fato próprio — tenha inculcado na contraparte uma confiança legítima, acima do razoável, indiscutível. O *fato próprio* cuja contradição se proíbe é o que decorre da volição humana. É fruto de uma conduta desejada, ainda que não se cogite de prejuízo àquele que fiou na expectativa legítima de que a conduta inicial não seria desdita. O comportamento contraditório viola a confiança da vítima e é em si abusivo⁴². O ato abusivo é ilícito, em sentido lato, e dispensa prova da culpa, requisito essencial do ato ilícito em sentido estrito⁴³. Outra ilação que se deve desprezar é a de que somente haverá fato próprio se a conduta for *juridicamente relevante*. Se a ação atrai um dever de indenizar já tarifado, não há lugar para o *venire*. Se a lei já empresta efeito vinculante ao fato próprio ou o comportamento vincula por si porque geneticamente contém todos os requisitos de um ato jurídico, não faz sentido associá-lo ao fato próprio porque este ampara exatamente aqueles comportamentos

⁴² Código Civil, art.187.

⁴³ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do Direito**. Coimbra: Almedina, 2005, p.16.

que não estão segurados por lei⁴⁴. O dano é indispensável na verificação da responsabilidade pela quebra da confiança. Esse dano pode ser inclusive — ou unicamente — moral, como a decepção, a frustração íntima, o desassossego, a honra, a integridade psicofísica etc, o que multiplica as hipóteses de sua incidência e exige dobrado cuidado na sua aferição. Não é preciso que o dano seja concreto, mas é indispensável que a conduta contravinda tenha potencial lesivo.

Na boa-fé objetiva — já que é regra preceptiva e de comportamento, arrimada na retidão, na honestidade e no dever de colaboração para com o outro —, o que conta é o comportamento exteriorizado, o que passa a vincular a parte não apenas aos deveres expressamente ajustados, mas àqueles outros tantos que possam derivar da confiança legítima da contraparte, ainda que não estipulados expressamente⁴⁵.

Direito de não fumar

A indústria do fumo apoia-se numa lógica perversa pois o consumo do cigarro vem sempre associado ao vigor sexual, ao culto exagerado do belo, ao elevado padrão social e à plenitude física. Tudo o que o cigarro não dá. Ou tudo o que tira. O fato de explorar empresa lícita⁴⁶ não esconde a evidência de que vende produto potencialmente lesivo à saúde⁴⁷. É ínsita a toda empresa o *duty to mitigate loss*, isto é, o dever de mitigar danos. No exercício da liberdade, o indivíduo tem um *direito à abstenção*, ou a uma *ação*

⁴⁴ CUNHA DE SÁ. Op.cit., p.64-65.

⁴⁵ MEIRELES, Edilton. Op.cit. p.56-57.

⁴⁶ CF/88, art.220, §4º.

⁴⁷ CDC, art.9º.

*negativa*⁴⁸; no exercício do *direito à vida*, um *direito à prestação*⁴⁹, ou a uma *ação positiva*⁵⁰. O *direito de não fumar* é, segundo penso, um dos desdobramentos possíveis de um direito fundamental⁵¹ de exigir do Estado que assegure uma vida digna que se fie na premissa de um nível de saúde física e mental hígido, longe dos sobressaltos que a miséria da existência humana se encarrega de criar. Nas ações em que se reclama indenização por tabagismo, é correntia a alegação de que o dano à saúde do fumante foi omitido pelo fabricante de tabaco e isso configura *defeito do produto*. Por contraditório que pareça, haveria *defeito do produto*, no conceito de *defeito* de que trata o CDC, se o cigarro fosse “*absolutamente inofensivo à saúde do usuário, pois a supressão de todos os componentes nocivos o descaracterizaria e o destituiria dos efeitos que dele espera e nele procura o consumidor*”⁵², ainda que o prazer esperado ou procurado pelo consumidor seja um dano à própria saúde.

É do senso comum que a todo direito corresponde uma obrigação, ou um contradireito, de igual teor⁵³. Se admito, como um dado *a priori*, a existência de um direito de fumar, corolário do direito à liberdade, do livre-arbítrio, devo admitir que possa também haver um *direito de não fumar*, corolário do direito à higidez física e psicológica, à saúde ou à vida. Se o Estado permite a comercialização do cigarro, ignorando os efeitos danosos à saúde do consumidor, e tanto isso é certo que o cigarro não é arrolado

⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.188.

⁴⁹ OLIVEIRA, Amanda Flávio. Op.cit., p.123.

⁵⁰ ALEXY, Robert. Op e pg. cit.

⁵¹ BOCELLI, Lucca. **Diritto senza fondamento**. in FERRAJOLI, Luigi — **Diritti fondamentali: Un dibattito teorico**. Bari: Editori Laterza, 2008, p.201

⁵² FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Op.cit., p.25/65.

⁵³ BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**. Padova: Giulio Einaudi Editore, 2004 *apud* BOVERO, Michelangelo in FERRAJOLI, Luigi. **Diritti Fondamentali — Un dibattito teorico**. Bari: Laterza & Figli Spa, 2008, p.235.

como droga nociva, é sua obrigação ontogênica proteger aqueles que decidiram não consumir a droga, nem ser molestados por atos daqueles que decidiram consumi-la⁵⁴. Se o direito à liberdade pressupõe abstenção do Estado para que o indivíduo construa a sua escritura de pessoa e não seja um apêndice de si mesmo, o direito à saúde plena e à vida saudável pressupõe não apenas abstenção do Estado naquilo que impeça ou dificulte o exercício desse direito, mas que implemente as condições minimamente possíveis de seu exercício, seja impedindo que o exercício de outro direito prejudique o seu, seja, enfim, criando em derredor dos que decidiram não fumar uma teia de proteção que vai desde a proibição da propaganda de cigarros em certos horários à proibição da própria atividade com o desestímulo do cultivo, industrialização, transporte e comércio mediante restrição de crédito e financiamento, taxação exorbitante de impostos e um rigoroso sistema de fiscalização e multas, passando pela necessidade de criação de um amplo sistema de indenizações legais que pressuponham o responsabilidade civil *objetiva* do fabricante de cigarros e de reparações dos danos aos doentes e ressarcimento dos custos dos tratamentos desses doentes nos hospitais públicos ou junto ao sistema de previdência oficial, veiculação de campanhas de desestímulo ao uso do cigarro mediante retenção compulsória de parte do lucro líquido ou de alíquotas sobre o preço de mercado dos maços vendidos ou das campanhas de publicidade de tabaco e seus derivados. O cigarro é o *hostis judicatus*⁵⁵ do direito moderno. Somente assim se alcança o

⁵⁴ LEGAZ Y LACAMBRA, Luiz. **Humanismo, estado y derecho**. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1960, p.36.

⁵⁵ “*Inimigo declarado*”. O conceito está em ZAFFARONI, E.Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Renan, 2007, p.23(tradução de Serio Lamarão), embora se refira ao inimigo no direito penal.

direito concreto, o homem na sua plenitude e não como objeto de contemplação⁵⁶.

⁵⁶ Numa palavra, o “*direito responsivo*” de que trata BÁNKOWSKI, Zenon. **Vivendo Plenamente Lei**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2007, p.68/69.