

Apelação Cível n. 2005.042121-6, de Criciúma
Relator: Des. Eládio Torret Rocha

RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR DE CIGARROS. FALECIMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS AJUIZADA POR FAMILIARES. RESPONSABILIDADE DAS INDÚSTRIAS FUMAGEIRAS. FASE PROBATÓRIA INICIADA. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. GUINADA NA CONDUTA DO JULGADOR. JULGAMENTO ANTECIPADO. INCLUSÃO DE TEMA ATÉ ENTÃO ALHEIO AO EMBATE PROCESSUAL. CAUSAÇÃO DE SURPRESA ÀS PARTES. DESCONSIDERAÇÃO DAS PROVAS PRODUZIDAS E, BEM ASSIM, DAQUELAS AINDA POR PRODUZIR. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DOS REQUERIMENTOS DE PROVA OPORTUNAMENTE REALIZADOS. OFENSA AO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO. RECURSO PROVIDO. VOTO VENCIDO.

O sistema processual não permite prognósticos do magistrado acerca da consequência da atividade probatória, uma vez presentes os atributos da pertinência, da relevância e da controvérsia. Deve-se aguardar, logicamente, a efetiva instrução do processo para, aí então, proceder-se a juízos sobre os seus resultados.

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, possui estreita correlação com o postulado da igualdade das partes e o direito de ação, pois o texto constitucional buscou indicar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório.

A parte tem o direito de alegar e provar o que alega. Claro que, por conta da incidência do princípio dispositivo no âmbito do processo civil, pode ela optar por restringir o alegado e o que se pretende provar, mas uma vez escolhida a defesa plena de seus interesses, tem o direito de fazê-lo com a máxima liberdade.

O Estado, por seu turno, tem o dever de respeitar e garantir o exercício deste específico direito fundamental (até mesmo para que se possa legitimar como Estado), especialmente se se tratar de processo judicial, o qual só ganha contornos de legitimidade quanto assegura ao cidadão o direito de dele participar efetivamente, influenciando concretamente na decisão que atingirá

sua esfera de interesses.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.042121-6, da comarca de Criciúma (2ª Vara Cível), em que são apelantes Luiza de Medeiros Vicente, Dirceia Vicente Corrêa, Sonia Maria Vicente Perdoná, Silvia Regina Vicente Teixeira, Dilza Vicente Anacleto, Dilnei Vicente, Valdir Vicente, Sirlene Vicente Fermino, Dilma Vicente Fagundes, Sueli Vicente Ribeiro, Sirlei Vicente Raupp e Célio Vicente, e apeladas Souza Cruz S.A. e Phillip Morris Brasil S.A.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para cassar a sentença e determinar seja realizada a instrução probatória, vencido o Exmo. Des. Relator originário, que votou no sentido de negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Sentença lançada pela Magistrada Gabriela Gorini Martignago Coral — cujo relatório adoto (fls. 3.119/3.120 ? v. 16) — com fulcro no art. 330, inciso I, do CPC, julgou improcedente a ação de indenização de danos morais proposta por Luiza de Medeiros Vicente, Dirceia Vicente Corrêa, Sonia Maria Vicente Perdoná, Silvia Regina Vicente Teixeira, Dilza Vicente Anacleto, Dilnei Vicente, Valdir Vicente, Sirlene Vicente Fermino, Dilma Vicente Fagundes, Sueli Vicente Ribeiro, Sirlei Vicente Raupp e Célio Vicente, contra Souza Cruz S.A. e Phillip Morris Brasil S.A., em razão do falecimento de Dário Manoel Vicente.

Narraram, em suma, ser o falecido esposo da primeira autora e pai dos demais demandantes, tendo o óbito sido consequência de doença pulmonar obstrutiva crônica causada pelo consumo prolongado de produtos das demandadas, motivo pelo qual, inconformados com o teor do decisório, apelaram, alegando, em suma, o seguinte: a) cerceamento de defesa, por conta do julgamento antecipado da lide, o qual lhes negou a oportunidade de produção de provas oportunamente requeridas; b) a imperiosa condenação das apeladas pelo reconhecimento das suas responsabilidades pela morte de Dário Manoel Vicente, pois presentes todos os elementos caracterizadores da responsabilidade civil.

Respondendo ao recurso, as apeladas argumentaram, em síntese, que: a) mostra-se correto o julgamento antecipado da lide, cuja sentença se encontra de acordo com a posição consolidada do tribunais e o entendimento da doutrina nacional; b) suas atividades comerciais são lícitas; b) estão ausentes os elementos exigidos para a configuração das suas responsabilidade pela aludido óbito.

É o sucinto relatório.

VOTO

O apelo foi interposto a tempo e modo e dele conheço.

É conveniente enfatizar, antes de tudo, por absolutamente relevante, a impossibilidade de serem adotadas, aprioristicamente, premissas sobre os temas jurídicos e fáticos que subjazem às ações indenizatórias ajuizadas em face de empresas fabricantes de cigarro.

No contexto de incertezas e de posicionamentos tão divergentes, como os existentes nessas demandas, deve prevalecer o exame da casuística, vez que, não há negar, as ações indenizatórias, como a ora enfocada, possuem características peculiares e singularizantes.

Posicionamento contrário, apriorístico, ao meu ver, pode pecar pela retirada de parcela da força normativa existente nos postuados constitucionais, dentre os quais destaco as que interessam à análise dessa questão, a saber, as que prevêm o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e o efetivo acesso à Justiça.

É que, em verdade, o estado inicial das discussões aqui travadas impõe seja este o momento de os atores jurídicos se municiarem com o maior número de informações possíveis a respeito da lide (sejam dados jurídicos, técnico-científicos ou mesmo máximas de experiência), sem rechaçar, de antemão, qualquer argumento e/ou dado lançado na discussão.

E esse aspecto se reflete, por certo, também no universo da produção probatória a que se dá ensejo no âmbito dessas causas.

É consabido que, nos poucos conflitos que já desaguarão no Poder Judiciário nacional, as teses diametralmente contrapostas já foram lançadas, ambas com respeitáveis adeptos e substanciosas fundamentações.

Não se desconhece, neste vértice, que, se sopesados somente os aspectos quantitativos, a balança pende para aquela corrente que não admite a responsabilização das empresas fumageiras por morte ou doenças eventualmente causadas por seus produtos.

Forçoso reconhecer, por outro lado, que ainda não há jurisprudência consolidada em nosso País a respeito do tema, haja vista: a) o baixo número de pretensões efetivamente objeto de análise judicial; b) a fase inicial em que se encontra a busca por indenizações dessa espécie; e, c) a falta de manifestações dos tribunais superiores a respeito.

Há, entretanto — e isso se não pode desconsiderar — vários precedentes sobre o tema que, na sua grande maioria, rejeitam a tese responsabilizatória.

Por ora, todavia, restrinjo-me à análise da preliminar de cerceamento de defesa suscitada na apelação enfocada, adiantando, a propósito, a postura metodológica adotada em meu voto e que servirá de guia à análise subsequente.

Filio-me, pois, àqueles que buscam compreender toda a realidade fático-normativa, que exija a elaboração de juízos de valor a partir do manancial teórico-hermenêutico colocados pela normatividade constitucional, de modo que, com os "olhos da Constituição" (cf. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. Saraiva, 2008), sempre se propicie, no trato de qualquer tema, a efetivação dos direitos fundamentais e o total respeito à dignidade da pessoa humana — vetor antropológico este cuja axiologia deve, de resto, pautar toda e qualquer decisão judicial.

Assim agindo concretizo, ao meu sentir, o princípio da força normativa da Constituição, segundo o qual os seus aplicadores, ao solicionarem conflitos, devem conferir a máxima efetividade às normas e princípios que dela defluam.

É que, segundo J. J. G. Canotilho, "na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos de constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Conseqüentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a 'actualização' normativa, garantindo, do mesmo pé, a sus eficácia permanente" (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 229).

Não descuro, do mesmo modo, do princípio da máxima efetividade, segundo o qual às normas constitucionais deve ser dada a mais ampla e possível eficácia social, visto, ainda segundo o grande jurista luso acima referido, ser "um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e [...] é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvida deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais" (Op. Cit. P. 227).

A partir desses paradigmas interpretativos é que igualmente aprecio, por conseguinte, a decisão recorrida que julgou antecipadamente a lide (sem se olvidar, reafirmo, por imprescindível, a importância das circunstâncias do caso concreto), uma vez íntimas as suas relações com o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e o devido acesso à Justiça.

Ora, as normas principiológicas (inclusive as que veiculam direitos fundamentais) não são dotadas, como cediço, de contornos absolutos, devendo o intérprete buscar identificar, também na legislação infraconstitucional, mitigações justificadas.

E somente será válida a flexibilização referida se — e somente se

— as normas que a instituírem tenham como finalidade a concreção de outros valores igualmente dignos de tutela.

É o que ocorre, sem dúvida, com o instituto do julgamento antecipado da lide, em que se busca a efetivação de outros princípios de relevo, quais sejam, o da celeridade e da economicidade processuais.

Entrementes, apenas o legislador, e de forma compatível com os valores constitucionais, é que pode traçar as linhas limitativas do direito à ampla defesa, estabelecendo, especificamente, em quais casos caberá o julgamento antecipado da lide.

E, atualmente, estas normas vêm esculpidas no art. 330 do CPC.

Ei-lo:

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver a necessidade de produzir prova em audiência;

II – quando ocorrer a revelia (art. 319).

No entanto, quando se tem em conta o caso enfocado, no qual o pedido de indenização tem embasamento em problemas de saúde e óbito oriundos de anos de consumo do cigarro, dessume-se que as provas requeridas pelos autores e consideradas desnecessárias pelo juízo que julgou antecipadamente a lide afiguram-se, de fato, pertinentes, com relevância para a resolução do mérito, destinando-se aos esclarecimentos dos pontos controvertidos na lide.

Digo provas pertinentes, porque relacionadas diretamente com o fato constitutivo do eventual direito do autor, e, relevantes, vez que capazes de influir sobre o julgamento do mérito.

Assim é que, da análise percuciente da questão enfocada, constato que os apelantes, ao se decidirem pelo ajuizamento da ação, intentavam demonstrar, dentre outros pontos: a) o nexo de causalidade (entre a doença que vitimou o seu pai e o tabagismo); b) a condição efetiva de "viciado" (que impediria o vitimado de deixar de fumar), pois os autores não se contentaram, de modo legítimo, em simplesmente lançar mão do entendimento de que a nicotina vicia, mas que, no caso concreto, houve a efetiva adicção ao componente químico do produto, o qual teria impedido a cessação do seu uso; c) que a pessoa, de fato, era consumidora das marcas de cigarro indicados na inicial; e, d) que as estratégias publicitárias então utilizadas incitaram-lhe ao experimento.

Todos esses fatos deduzidos na inicial, sem dúvida, estão devidamente relacionados com a denominada causa de pedir remota, não restando dúvidas, portanto, quanto à adequação e cabimento das provas testemunhais e documentais oportunamente requeridas e cuja produção restou sonegada pelo juízo singular, via julgamento antecipado da lide.

A título de exemplo, vislumbra-se, nesse contexto, a concreta possibilidade de, via prova testemunhal, buscar-se, dentre outras particularidades, a demonstração: a) das marcas de cigarro efetivamente utilizadas pelo consumidor tanto mais porque são duas as produtoras de cigarro enoveladas no processo; b) do período em que houve realmente a utilização dos aludidos produtos; c) dos indícios de eventual abstinência por sua vez, indicativa de adicção; d) das eventuais tentativas frustradas de largar o vício; e) do agravamento paulatino da doença, etc, etc... Todos estes pontos, aliás, poderão igualmente merecer corroboração por depoimentos de médicos que participaram do tratamento do falecido, também capazes de agregar elementos à lide.

Já na via documental, por outro lado, não se constitui fantasiosa a conjectura da inserção no debate de mais dados técnicos a demonstrar o nexo de causalidade, ou demais informações técnicas que possam militar a favor da pretensão dos autores.

E, ademais, é manifesta a controvérsia fática explicitada nos autos, em virtude das alegações que não puderam ser provadas em confronto com as manifestações das apeladas, também a tornar imperativo, por conseguinte, a instrução do processo.

A Philip Morris Brasil S/A, de sua vez, em seu sumário de contestação, por exemplo, é explícita a respeito (fl. 1065, v. 6), aludindo que: a) "a publicidade da Ré não é enganosa nem induz ao consumo"; b) há "ausência de nexo causal entre a moléstia do Sr. Vicente pelos seus atos"; e, c) "fumar ou não fumar é uma decisão pessoal".

Se essa indicação já não bastasse, confira-se, do mesmo modo, a postura da Souza Cruz S/A, quando afirma: 1º) que "não há como enquadrar o consumo de cigarros no conceito clássico de vício" (fl. 115, v. 1); 2º) "nenhum consumidor, incluindo-se aí o Sr. Dário, poderia alegar ignorância daquilo que era de amplo e disseminado conhecimento público" (fl. 123, v. 1); 3º) inexistir "nexo de causalidade entre a publicidade da ré e a decisão do Sr. Dário começar a fumar" (fl. 127, v. 1); e, 4º) "ainda que houvesse comprovação da doença alegada pelos autores, o fato é que não seria possível estabelecer o nexo de causalidade entre a suposta DPOC do *de cuius* e o alegado consumo de cigarros fabricados pela ré" (fl. 146, v. 1).

Sobre todas estas questões, de irrecusáveis contornos fáticos, deve-se, pois, ser oportunizada aos apelantes a adequada instrução probatória, para que não se venha, posteriormente, a ser julgado improcedente como sói acontecer nessas hipóteses o pedido indenizatório, justamente por falta de prova do nexo de causalidade, da ausência do vício da nicotina no caso concreto, do efetivo consumo dos produtos individualizados na exordial e da incapacidade de as propagandas levarem o consumidor ao seu uso específico.

Ou, então, que não se perca de vista a possibilidade de, num outro momento recursal, ser decidido pela anulação do processo para a produção da prova em audiência, aí, pois, com graves prejuízos às partes e ao princípio da

economicidade.

Sim, porque os fundamentos utilizados por aqueles que não acatam os pleitos indenizatórios desta espécie (e igualmente balisadores da decisão apelada) são, entre outros, os seguintes: a) impossibilidade de comprovação do nexo causal entre a doença e o consumo de tabaco; b) o fato de que a nicotina não é viciante e de que "pára de fumar quem quer"; c) de que não se consegue comprovar com exatidão que o vitimado utilizou-se especificamente daqueles produtos de fabricação de dada empresa fumageira; e d) de que a publicidade levada a efeito pelas empresas de cigarro não tinham o condão de fazer com que o indivíduo se iniciasse no uso do tabaco.

Impróprio e contraditório, para se dizer o mínimo, impedir que sejam produzidas provas exatamente de fatos tomados como premissas das decisões denegatórias da responsabilidade civil pleiteada, promovendo-se uma injustificada concessão de privilégios antiisonômicos às empresas produtoras de cigarro, em detrimento da parte mais frágil da relação jurídica de consumo.

Ademais, a vingar a tese, repiso, da inviabilidade probatória da pretensão dos consumidores eventualmente prejudicados pelos produtos das indústrias de tabaco, forçoso reconhecer estar-se implementando verdadeira e odiosa blindagem processual contra qualquer tentativa de comprovação de lesão a direitos, em evidente e chapada afronta ao art. 5º, inc. XXXV, da CF.

De se destacar, ainda, que o próprio Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, se é verdade que não se manifestou acerca do mérito da questão, também não se há negar haver sinalizado, *prima facie*, pela possibilidade jurídica da devida instrução probatória em tais pleitos.

Conveniente indicar, nesse contexto, os precedentes promanados do Resp 140.097/SP e do Resp 304.724/RJ, nos quais foram tratadas questões afetas à inversão do ônus da prova em tais demandas, à prescribibilidade das pretensões e à incidência do regramento consumerista ao evento.

De efeito, no primeiro aresto, extraio, por importante, passagem do seu Relator, Ministro César Asfor Rocha:

Ora, é evidente que a ré/recorrente [Phillip Morris, acrescento] está muito mais apta a provar que a nicotina não causa dependência que a autora/recorrida provar que ela causa. [...] E se pelo estágio atual da ciência, a questão da nocividade constitui, ao menos, ponto aberto ao debate, que ela faça prova de modo irretorquível, pois mais do que qualquer consumidor ou entidade poderá a ré/recorrente evidenciar essa assertiva, que a recorrente tem como verdadeira (j. 4.5.00, p. DJ 11.9.00, p. 252).

Outrossim, o cenário de dúvidas que toma conta da discussão — cujas opiniões contrapostas dos adeptos de ambas as correntes são exemplos flagrantes do embate de concepções — por si só já importaria na ampla produção de

prova e no exaustivo debate processual em torno das circunstâncias da causa.

Ademais, enfrentando diretamente o tema da excepcional medida do julgamento antecipado da lide, conforme posto na sentença impugnada, reconheço haver limites estreitos para a sua utilização, com a conseqüente negativa de produção de provas.

Fora dos casos excepcionais contidos nos incisos I e II do art. 330 do CPC, toda e qualquer dilação probatória deve ser autorizada, se não se constituírem em medidas procrastinatórias ou inúteis.

Nesse sentido, leciona Antônio Janyr Dall'agnol Júnior:

"A diligência que merece repulsa é apenas a procrastinatória ou a inútil. Se aquele intuito (o de protelar) não está presente em sua pureza ('meramente protelatórias' [...]), melhor que se produza a prova [...]; se de um lado, alguma utilidade há, vedado ao juiz indeferir produção da prova" (*Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 2. São Paulo: RT, 2000, p. 134).

Ocorre que, no caso dos autos, aflora uma circunstância agravante. A sentença apelada externou entendimento segundo o qual há impossibilidade de comprovação fática do pretendido pelas provas requeridas, como já aludido.

Para tanto, o decisório enfocado utilizou-se, igualmente, de conhecido precedente desta Corte, qual seja, a AC 2002.012964-5 de relatoria da Des. Salete Silva Sommariva (fl. 3118). Ocorre que um detalhe parece ter passado despercebido no julgado espancado: o próprio acórdão aludido faz minuciosa análise das espécies de provas requeridas — com suporte, aliás, na instrução realizada — e dos seus concretos objetivos a serem por elas alcançados, não afastando, de plano, a sua produção.

Todavia, a se admitir tal posicionamento generalizante, estar-se-ia desvirtuando o instituto do julgamento antecipado da lide, com o manejo de juízos apriorísticos — tanto questões de fatos, quanto de direito — em detrimento das peculiaridades do caso concreto, e, sobretudo, de direitos fundamentais do cidadão, garantidos, como visto, pela Constituição da República.

E, mais grave ainda, estar-se-ia autorizando o magistrado a prenciar um resultado a cujo conhecimento só se pode chegar, efetivamente, após a produção da prova e a sua análise percuciente.

Cito, a corroborar o exposto, passagem da obra *Teoria Geral do Processo*, de Luiz Guilherme Marinoni:

O juiz não pode indeferir a produção de prova *antecipando a valoração do seu resultado*. Não há como afirmar, para não admitir a produção de prova, que o seu resultado não permitirá a demonstração do fato. Isso porque ninguém pode saber qual será o resultado da prova, mas apenas se a prova será produzida para esclarecer fato controvertido,

pertinente e relevante". (*Curso de Processo Civil*, V. 1: Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pg. 354).

E, adiante, conclui esse doutrinador:

Como ninguém pode antever o resultado da prova, o julgamento antecipado da lide não cabe sob o argumento de que a prova poderá não levar ao resultado pretendido pelo réu. A doutrina alemã alude, nesse ponto, à [chamada] proibição de antecipação de resultado da prova, justamente para significar que o valor e a relevância de um meio de prova não podem ser analisados antes que a prova seja admitida e produzida no processo. (Op. Cit. P. 354).

É dizer: o sistema processual não permite prognósticos do magistrado acerca da consequência da atividade probatória, uma vez presentes os atributos da pertinência, da relevância e da controvérsia. Deve-se aguardar, logicamente, a efetiva instrução do processo para, aí então, proceder-se a juízos sobre os seus resultados.

Não deixo de identificar, igualmente, outro aspecto da garantia do devido processo legal que merece ser considerado nesse momento, pois entendo que a decisão também afrontou o direito fundamental à participação no contraditório e na amplitude da defesa.

O princípio do direito fundamental à ampla defesa (ou à defesa plena) com o significado de que o cidadão tem plena liberdade de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor provas, é uma consequência do princípio do contraditório, mas com características próprias.

A ampla defesa, de resto, qualifica o contraditório, pois não há contraditório sem defesa, como intuitivo. "Igualmente é lícito dizer que não há defesa sem contraditório [sendo este um] instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório" (MENDONÇA Jr., Delosmar. *Princípio da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 55).

No mesmo sentido, é de se afirmar que o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito possui estreita correlação com o postulado da igualdade das partes e o direito de ação, pois o texto constitucional buscou indicar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 135).

Para Fredie Didier Jr., a ampla defesa, além de se constituir em direito fundamental de ambas as partes, consiste no "conjunto de meios adequados para o exercício do adequado contraditório. Trata-se do aspecto substancial do contraditório" (Op. cit. P. 48)

Significa, por certo, que a parte tem o direito de alegar e provar o

que alega. Claro que, por conta da incidência do princípio dispositivo no âmbito do processo civil, pode ela optar por restringir o alegado e o que se pretende provar, mas uma vez escolhida a defesa plena de seus interesses, tem o direito de fazê-lo com a máxima liberdade.

E o Estado, por seu turno, tem o dever de respeitar e garantir o exercício deste específico direito fundamental (até mesmo para que se possa legitimar como Estado), especialmente se se tratar de processo judicial, o qual só ganha contornos de legitimidade quanto assegura ao cidadão o direito de dele participar efetivamente, influenciando concretamente na decisão que atingirá sua esfera de direitos.

Cândido Rangel Dinamarco, a propósito do tema da legitimação pelo contraditório, é enfático ao afirmar que

ao contrário dos atos negociais, que criam normas particulares *inter parte* e em princípio vinculam exclusivamente quem as criou (autonomia da vontade), os atos de poder projetam eficácia imperativa e inevitável sobre a esfera de direitos de pessoas diferentes daquelas que os realizam. Justamente porque imperativos e inevitáveis, não se originando da vontade dos destinatários nem dependendo do concurso dela, os efeitos dos atos de poder só se consideram democraticamente legítimos quando esses sujeitos hajam tido oportunidade de participar da sua formação: participação é contraditório (*Instituições de Direito Processual Civil*, V II, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 32.).

E finaliza: "Em substância, o que legitima a outorga de tutela jurisdicional é a *participação* que o procedimento propiciou, em associação com a observância da legalidade inerente à garantia do *devido processo legal*" (Op. Cit. P. 32).

Desse modo, acaso não consideremos essa necessária integração do indivíduo de forma ampla (alegando/pedindo/provando/influenciando), nas tomadas de decisões do Estado, ao invés de julgamento justo, defrontar-nos-emos com decisões judiciais incompatíveis com o devido processo legal.

É que o princípio do contraditório, inerente ao devido processo legal, comporta duas acepções. A formal — e mais conhecida — caracteriza-se pela participação da parte no processo, com a garantia de que ela será comunicada e nele falará. Já a substancial — que reputo a de maior envergadura — refere-se à "influência" aludida pela doutrina alemã, ou seja, como o direito ou possibilidade de influir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado da demanda (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 258).

De fato, pouco vale a garantia abstrata de participação da parte no processo, se o ordenamento jurídico — e seus próprios intérpretes e,

principalmente, seus operadores — não lhe conferir o concreto direito de influenciar os atos de poder que venham a afetar seus interesses.

Noutras palavras, "é necessário que se permita que [a parte] seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado", (DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v I, 7. ed. Salvador: Podivm, 2007, p. 43), caso contrário, estará irremediavelmente afrontado o princípio do contraditório.

E isso deve se aplicar, com a mesma razão, às questões de direito colocadas como decisivas ao deslinde da causa. Em nome do princípio democrático — e do seu corolário, o contraditório — não se deve descuidar que os participantes do processo possuem o direito fundamental de se manifestarem também sobre argumentos e questões de direito utilizados como razão de decidir do magistrado.

A partir, pois, desse quadro consentâneo com a moderna visão do princípio do contraditório, impõe-se, nesta parte, a censura da sentença apelada.

Retomando o histórico dos fatos, para contextualizar, observa-se que a Magistrada condutora do feito após apresentada a petição inicial, as contestações com inúmeros documentos e a réplica houve por bem, no ato saneador: a) reconhecer a hipossuficiência dos autores; b) inverter o ônus da prova; c) determinar a realização da prova pericial indireta; e, d) nomear perito (fl. 2803/2804, v. 15).

Após a realização do laudo pericial (fl. 2944, v. 15), com a manifestação das partes e de seus assistentes técnicos (fls. 2960 e ss., 2966 e ss., 2971 e ss., 2989 e ss., 2998 e ss. - v. 15; fls. 3022 e ss. e 3065 e ss - v. 16) e resposta do perito de quesitos elucidativos (fl. 3097, v. 16), os autos restaram conclusos.

Subitamente, então, houve uma guinada evidente na postura condutora do processo, com a prolação de sentença julgando antecipadamente a lide, sem nenhuma alusão, ressaltado, às provas até então colhidas e àquelas ainda por produzir, segundo a expressa vontade dos autores manifestadas na audiência do art. 331 do CPC (fls. 1172, v. 10).

De um direcionamento probatório, em cuja fase as partes vinham buscando se desincumbir adequadamente de seus ônus, passou-se abruptamente à fase de julgamento antecipado, com a utilização de fundamentos jurídicos e questões de direito até então alheias ao embate processual, de modo a causar, à toda evidência, flagrante surpresa à parte que teve sua pretensão inacolhida, pois ainda em legítima expectativa de complementar a demonstração de suas alegações, cujo requerimento de instrução testemunhal e documental fora oportunamente realizada.

É que, a partir do princípio da cooperação, não se pode mais conceber o magistrado como mero fiscal de regras, mas sim como verdadeiro agente colaborador do processo (DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v I, 7.

ed. Salvador: Podivm, 2007, p. 56), uma vez que a função de pacificação social com justiça agregou-se ao seu ofício de decidir, nos moldes da moderna concepção do processo civil.

Barbosa Moreira, com supedâneo nas reformas recém implementadas na legislação alemã, justifica a necessidade de que o juiz, antes de decidir deva consultar as partes sobre questões até então não colocadas no processo e, por isso mesmo, não submetida ao contraditório antes de decidir.

Salienta o aludido processualista:

Ao ver do legislador alemão, uma das características capazes de concorrer para que se alcance esse fim consiste na clareza com que, ao longo do processo, possam os litigantes formar idéia sobre o provável desfecho. Para tanto, é mister que saibam quais as questões de fato e de direito consideradas relevantes pelo órgão julgador e tenham a oportunidade de trazer ao propósito a sua colaboração. [...] é vedado [ao julgador] colocar-se, para fundamentar a sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambos valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão*. Temas de direito processual – 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201/202).

Acrescento, ao final, que nesta fase incipiente na qual inserto o tema ora debatido, deve-se ter a máxima cautela e responsabilidade com a prolação deste precedente.

Assim, caso não se reconheça a necessidade de se esgotar, de todo, os meios de produção de prova, se esteja a autorizar, por via transversa, que outros magistrados — os quais porventura venham a se defrontar com causas semelhantes — julguem tais demandas extemporaneamente, sem a detida e aprofundada análise das circunstâncias do caso concreto, cuja desconsideração, à toda evidência, tem — além do irrecusável cerceamento de defesa, aqui reconhecido —, o potencial vigor de perpetrar injustiças, por vezes irreversíveis.

Por todas essas ponderações, pelo meu voto eu conheço do recurso, acolhendo a preliminar de cerceamento de defesa, para, cassando a sentença, determinar a devida complementação da prova postulada.

DECISÃO

Ante o exposto, nos termos do voto do Relator, a Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para, acolhendo a preliminar de cerceamento de defesa, cassar a sentença e determinar seja realizada a instrução probatória, vencido o Exmo. Desembargador Trindade dos Santos, Relator originário, que votou no sentido de negar provimento ao recurso.

O julgamento, realizado no dia 17 de abril de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Trindade dos Santos e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador Victor Ferreira.

Eládio Torret Rocha
RELATOR

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos

RESPONSABILIDADE CIVIL. FUMANTE. ÓBITO. DEMANDA INSTAURADA POR FAMILIARES DO 'DE CUJUS'. NEXO CAUSAL. PROVA TESTEMUNHAL. IMPRESTABILIDADE. JULGAMENTO ANTECIPADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO.

Nas demandas desfechadas por familiares de tabagista falecido, buscando obter, das empresas fumageiras produtoras dos produtos consumidos pelo 'de cujus', a correspondente indenização por danos morais, o nexo de causa e efeito, entre esse consumo e a 'causa mortis', há que resultar delineada em prova técnica ou em documentos médicos aptos a afirmarem a vinculação pretendida de estabelecimento. Para tanto, todavia, evidencia-se de total inutilidade a prova testemunhal, mormente quando o magistrado sentenciante, adotando uma visão mais lógica e realista, considera que, mesmo quando estampado esse liame causal, a pretensão reparatória não tem condições de vingar, em razão de ser lícita a atividade econômica desenvolvida pelas fabricantes de cigarros demandadas, não tratando-se de produto defeituoso, sendo o fumante o responsável exclusivo pelo hábito nocivo por ele mantido por décadas e, em decorrência, pelos nefastos efeitos que dele podiam decorrer.

Divergimos do entendimento majoritário adotado pelos eminentes Desembargadores Eládio Torret Rocha e Victor José Seben Ferreira, porquanto, no nosso entender, a colheita de provas outras que não as já existentes nos autos, se fazia totalmente desnecessária, vez que, no caso, não existem condições de, com base em mera prova testemunhal.

E os documentos inseridos nos autos, mostravam-se suficientes para direcionar o julgamento do litígio.

Assentado encontra-se no art. 330, inc. I, da Lei Procedimental, que o juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produção de provas em audiência.

Observa, a respeito, Sérgio Sahione Fadel:

O processo ordinário ganhou muito em significação e economia de tempo, atos e despesas.

O art. 330 é exemplo fulgurante disso, eliminando a superfluidade de certos atos, naquelas hipóteses em que ou não existem novas provas a serem produzidas, por ser unicamente de direito a questão, ou, sendo também de fato, não há necessidade de novas provas, ou em que o réu foi revel, e não há limitação aos efeitos da matéria de fato presumidamente confessada (art. 820).

Para concluir:

O juiz, contestada a ação e sanadas eventuais irregularidades ou nulidades, julga de plano a demanda conhecendo diretamente do pedido (Código de Processo Civil comentado, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 406-407).

Invocaram os apelantes o aventado cerceamento de defesa, em razão de lhes ter sido inviabilizada a colheita de provas outras, essas que se prestariam à comprovação dos fatos narrados na vestibular.

No entanto, essas invocações não detém condições de prosperar para os efeitos nulificatórios perseguidos pelos insurgentes, porquanto em ações da espécie da aqui tratada é a prova documental que, em verdade, afigura-se essencial ao desate da questão, admissível qualquer outro meio de prova apenas quando indícios documentais veementes estiverem a recomendá-la.

Nas digressões de J. J. Calmon de Passos, no referente à prova:

Diante de um fato controvertido, o primeiro cuidado do julgador deve ser examinar a sua pertinência; subseqüentemente, sua relevância, se acaso admitido como pertinente; por último, a pertinência e a relevância, não mais do fato em si mesmo, mas da prova que sobre esse fato a parte pretende produzir. Impertinente o fato, desnecessária a prova pertinente, porém irrelevante, também desnecessária a prova; pertinente e relevante, mas já suficientemente provado nos autos, desnecessária a prova subseqüente; por fim, se relevante e pertinente o fato, ainda se dispensará a audiência quando a prova que sobre ele se pretende produzir é impertinente e irrelevante, isto é, prova inadmissível para o fato ou prova incapaz de modificar a convicção sobre ele firmada pelo magistrado, com apoio nos elementos já existentes nos autos (Comentários ao código de processo civil, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, vol. III, 2000, p. 430).

É o entendimento predominante nesta Corte, conforme traduzido

nos acórdãos assim ementados:

Processual. Prova. Princípio da persuasão racional. Indeferimento de prova inútil ou desnecessária.

Em matéria de prova o poder inquisitivo do Juiz é maior do que em qualquer outra atividade processual. Sendo o destinatário da prova, não é ele mero espectador da luta das partes, podendo, por isso mesmo, deferir ou indeferir as diligências que, a seu juízo, são inúteis ou protelatórias. Conquanto o ônus da prova caiba às partes (art. 333) é o juiz que formula um juízo de conveniência, selecionando, dentre as requeridas, as necessárias à instrução do processo (Hélio Tornaghi) (AI n. 99.010494-0, de Tangará, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 8-9-00).

[...]

O Juiz pode, à luz dos elementos e das provas já constantes dos autos, entender desnecessária a produção da prova técnica, evitando a prática de atos inúteis ao processo e atendendo ao princípio da economia processual; salvo demonstração da imprescindibilidade da perícia pretendida pela parte, esta decisão não configura cerceamento de defesa. (Apelação cível n. 98.010409-2, de Blumenau, Rel. Des. Nilton Macedo Machado, Terceira Câmara Civil, julgada em 10 de novembro 1998)

[...] (Ap. Cív. n. 2004.031615-6, de Urussanga, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 31-8-06).

[...].

Se o juiz, segundo o princípio informador do CPC 131, conclui, à luz dos fatos e circunstâncias refletidos nas provas dos autos, que a perícia é desnecessária, não há cerceamento de defesa.

[...] (Ap. Cív. n. 2003.015775-1, de Catanduvas, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. 22-3-07).

AGRAVO RETIDO – INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL – CERCEAMENTO DE DEFESA – DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO – RECURSO DESPROVIDO.

O indeferimento de prova não caracteriza cerceamento de defesa, uma vez que, mesmo cabendo às partes o onus probandi, é o juiz quem verifica a sua conveniência e seleciona quais as indispensáveis para a instrução e julgamento do feito, porquanto impera o princípio da persuasão racional.

[...] (Ap. Cív. n. 2007.023332-5, da Capital/Estreito, rel. Des. Fernando Carioni, j. 10-10-07).

Na hipótese vertente, as outras provas pretendidas de produção pelos autores nenhum proveito significativo teriam para o deslinde da demanda.

E, não há como ser olvidado que:

A necessidade da produção de prova em audiência há que ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado (STF, RE n. 101.171/SP, rel. Min. Francisco Rezek, RTJ 115/789).

Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder (STJ, Resp n. 2.832/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 14-8-90).

Se o juiz, ante as peculiaridades da espécie, se convence da possibilidade do julgamento antecipado da lide, e, no estado em que o processo se encontra, profere sentença, desprezando a dilação probatória, não há que se falar em cerceamento de defesa, mercê da manifesta inutilidade ou o claro intuito procrastinatório da coleta da prova por cuja produção protestou embargante (TJSC, Ap. Cív. n. 38.443, de Gaspar, rel. Des. Eládio Torret Rocha).

Não se caracteriza o cerceamento de defesa quando há nos autos elementos suficientes à formação do convencimento do juiz, permitindo-lhe o julgamento antecipado da lide (TJSC, EI n. 2000.024881-9, de Jaguaruna, rel. Des. Sérgio Paladino).

Conclui-se, então, que a fase de dilação probatória fazia-se, 'in casu', totalmente despicienda, não sendo demais acentuar que:

Sendo desnecessária a produção de prova em audiência, é permitido ao Juiz proferir o julgamento antecipado da lide. [...] (STJ, REsp. n. 5.525-RS, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 24-6-91, p. 8.642).

Especificamente em relação às hipóteses que, a exemplo da aqui em julgamento, envolvem a responsabilidade civil dos fabricantes do cigarro, registram Luiz Guilherme Migliora, Felipe Bastos e Thomas Belitz França:

Convencidos da licitude dos atos das empresas fabricantes de cigarros e da impossibilidade de qualificar o cigarro como produto defeituoso, a maior parte dos magistrados culmina julgando os litígios antecipadamente, em desfavor dos autores, com fulcro no art. 330, I, do CPC.

Relativamente poucos foram os casos cujos julgadores acharam necessário prosseguir na instrução probatória, examinando se poderia ser estabelecida relação de causa e efeito para o surgimento do dever de indenizar postulado pelos autores (As ações indenizatórias movidas por fumantes contra empresas que produzem cigarros no direito comparado e brasileiro, RT 846/63).

Do mesmo teor, a seguinte manifestação do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Despiciendas as provas testemunhais e o próprio depoimento pessoal do autor, desde que virtualmente inúteis a combater a tese da r.

sentença, que o reconhece em visão mais ampla como responsável pelo próprio vício (Excerto do voto proferido na Ap. c/Rev. n. 2193994600, 7ª Câm. Dir. Priv., rel. Des. Gilberto Souza Moreira, j. 31-10-07).

Para encerrar, em caso idêntico ao vertido nestes autos, expôs este Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - CERCEAMENTO DE DEFESA PELO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - INOCORRÊNCIA - ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS PELAS PARTES - IRRELEVÂNCIA - EVIDENTE IMPOSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MATÉRIA FÁTICA ATRAVÉS DAS PROVAS PRETENDIDAS - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE, CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL - PRELIMINAR AFASTADA - RECURSO DESPROVIDO.

Atento aos princípios da razoabilidade, celeridade e economia processual, é dado ao magistrado proceder o julgamento antecipado da lide quando evidente que a prova pretendida pelas partes não é idônea à comprovação dos fatos relevantes para o deslinde do feito.

O simples fato de se determinar a especificação de provas pelas partes não obriga ao juiz abrir a instrução probatória, uma vez que, sendo o destinatário das provas, cabe a ele velar pela rápida solução do litígio, afastando manobras protelatórias e indeferindo requerimento de provas inúteis.

[...] (Ap. Cív. n. 2002.012964-5, de Itajaí, rel. Des. Salete Silva Sommariva).

Na mesma trilha, enfatizamos:

JULGAMENTO ANTECIPADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Nos litígios instaurados por fumantes ou seus familiares contra empresa produtora de derivados do tabaco, a colheita de prova oral se faz totalmente inócua, mormente quando através dela pretendiam os autores comprovar a existência de liame causal entre o hábito de fumar a que se dedicou a 'de cujus' por incontáveis anos e o mal que a levou ao óbito. Provas desse jaez se revelam de total inutilidade, mormente quando, dentro de uma visão mais lógica e realista, a sentença prolatada antecipadamente considera, como vital à solução da demanda indenizatória, o fato de ser lícita a atividade desenvolvida pela empresa fabricante de cigarros demandada, não tratando-se de produto defeituoso, sendo a fumante a própria responsável pelo vício mantido e, em decorrência, por suas conseqüências. E, o fato de haver o julgador singular determinado a especificação de provas, não implica na aquisição, pelas partes, do direito de ver aberta a instrução probatória, posto que, na condição de destinatário das provas, tem ele a faculdade e mesmo o dever de dispensá-las, quando não iriam elas

alterar o seu convencimento (Ap. Cív. n. 2005.021210-5, de Criciúma).

No contexto probante retratado no processo em discussão, a imediatidade do julgamento do litígio se afigurava, pois, como a solução adequada, o que, a meu ver, levaria ao descarte o apregoado cerceamento de defesa.

Por isso, dissenti do posicionamento majoritariamente adotado pela Câmara!